

受託保証人の事前保護制度

——事前求償権と免責請求権の再定位——

論

説

渡 邊 力

- 第1章 はじめに
- 第2章 事前求償権と免責請求権——日本の議論状況——
- 第3章 受託保証人の免責請求権——ドイツの議論状況——
- 第4章 検討
- 第5章 結びに代えて

第1章 はじめに

1 学説状況と問題の所在

(1) 問題の背景

保証制度においては、主債務者以外の者、すなわち保証人の財産を引き当てとすることによって、まずは債権者の債権回収機能を強化することが目的とされる。しかし、主債務者と保証人とのいわゆる内部関係においては、あくまで一次的な責任負担者は主債務者であって、保証人は二次的な責任負担者にすぎない。そのため、外部的な関係においては債権者の保護が強調されるとしても、内部的な関係においては保証人の保護が強調されなければならない。後者の意味での保証人の保護策として、保証人の代位弁済後には事後求償権（民法459条，462条以下）および弁済による代位（民法499条以下）が制度的に用意されると同時に、受託保証の場合には、代位弁済前に事前求償権（民法459条1項前段，460条）が規定されている。その中でも、後者の事前求償権については、近時、外国法の影響の下

にこれを免責請求権と理解する見解が有力に主張されている。このような受託保証人の事前求償権または免責請求権は、受託保証人の「事前保護制度」とも称されるべき制度といえよう。

以上のような保証制度にあって、一次的な保護対象が債権者であること、また保証人は代位弁済を覚悟していたとみうることから、かつては保証人の保護が片隅に迫いやられていた感がある。ところが、近時は保証人保護のために様々な議論が積み重ねられている。その背後には、保証人の地位が安定しなければ保証の引受人も減じることから、保証制度自体が立ち行かなくなることも懸念されよう。こうして、保証制度の健全化に向けて、2004年の民法改正で保証契約の要式化および貸金等根保証規制が条文上要求されることになった。また、昨今の民法（債権法）改正提案では、債権者および主債務者の情報提供義務や、保証人の資力に関するいわゆる比例原則⁽¹⁾の導入も検討されている。しかし、このような歓迎されるべき流れとは別に、事前求償権規定については削除が提案されており、それに代わりうる免責請求権制度の導入もとりたてて検討されていない。このように基本方針案には、受託保証人の事前保護制度の面で著しい後退の局面がみられる。それでは、このような逆流ともみうる状況に至った理由はどこにあるのだろうか。

(2) 事前求償権の意義

受託保証人の事前求償権については、これまで一定の議論が積み重ねられてきた。その中にあって、一般的には事前求償権は不思議な制度だと捉

(1) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅲ』（商事法務，2009年）419頁以下参照。

(2) 前掲注（1）『詳解・債権法改正の基本方針Ⅲ』452頁以下。

(3) 福田誠治『保証委託の法律関係』上智大学法学叢書32（有斐閣，2010

えられているようである。その根底にある疑問点は、次の通りであらう。⁽³⁾
たとえば、受託保証人がまだ主債務者の代わりに支払わされてもいない段階で、主債務者に対して事前に金銭の支払いを要求できるのはなぜなのか。また、事前求償権が主債務者に資力がないであろう場合に認められるため、事前求償権は極めて実効性の薄い権利だと認識されている。それなのに、なぜ法律上にこうも実効性の薄い権利が認められる必要があったのであろうか。逆にいえば、そもそも主債務の弁済期到来時に主債務者に資力があれば、それこそ自身で債権者に履行すれば良いのではないか。このような疑問から、これまで事前求償権はあまり重要視されてこなかったといえる。さらに、近時は、免責請求権としての制度設計を妥当とみる見解からも、事前求償権の謙抑的な運用が指摘されており、⁽⁴⁾ 昨今の民法（債権法）改正の議論においても事前求償権の廃止が提案されるに至ったとみうる。

しかし、このような流れに対しては、前稿において、従来の裁判例を検討することから、事前求償権の実務的な意義を再確認した。⁽⁵⁾ 本稿で再度検討するように、事前求償権には保証人保護のために重要な役割が認められる。この点を見過ごすべきではないであらう。ただし、その実質的根拠ないし法的性質には疑問を残していた。⁽⁶⁾

年）1頁も参照。

(4) 國井和郎「フランス法における支払前の求償権に関する一考察——わが国の事前求償権との関連において——」阪大法学145・146号（1988年）271頁、古積健三郎「保証人の事前求償権の法的性質」中央大学法学新報113巻7・8号（2007年）50頁、52～53頁参照。

(5) 渡邊力「受託保証人の事前求償権——『事前に求償する』という意義の再検討」名古屋大学法学政論集227号（2008年）397頁以下。また、福田誠治「保証人の事前求償制度廃止論の是非」帝塚山法学18号（2009年）145頁以下も、廃止に異論を唱える。

(6) 前稿では、実質的根拠についても一定の考察を加えたが、とりわけ免責請求権との関係については積み残した課題となっていた（渡邊・前掲注

(3) 委任の費用前払請求権との関係

事前求償権の法的性質について、従来の学説では、委任の費用前払請求権に根拠を求める見解が通説と目されているが、近時は代位弁済にかかる出捐を委任の費用と切り離して理解する見解も有力となっている。⁽⁷⁾この委任費用との関連性については、すでに後者の見解が適切に指摘しているように、主債務者との関係では保証委託内容が信用の供与を目的とすることから、代位弁済をなすことまでは委任内容に含まれないという解釈は正当であろう。また、具体的に考えれば、本来の委任費用として観念されるのは、保証に関する書類代や交通費等である。もし、従来の通説が述べるように事前求償権の法的性質が委任費用前払請求権の制限であるとする⁽⁸⁾と、これらの諸費用についても同じく制限されるのであろうか。しかし、保証の書類代や交通費等の諸費用が主債務の弁済期等まで前払請求できない⁽⁹⁾というのは妥当ではない。このように、事前求償権が費用前払請求権だとみ

(5) 法政論集419頁参照)。

(7) 事前求償権に関する学説の詳細はすでに前著でまとめた。渡邊力『求償権の基本構造——統一的求償制度の展望——』（関西学院大学出版会，2006年）39～48頁参照。

(8) 我妻栄『新訂債権総論』民法講義Ⅳ（岩波書店，1964年）491頁，柚木馨「保証人の求償権をめぐる諸問題（上）——求償権の根拠および要件について——」金法261号（1961年）24頁，西村信雄編『注釈民法（11）債権（2）』（有斐閣，1965年）275頁〔該当箇所につき中川淳執筆〕，奥田昌道『債権総論』（悠々社，増補版，1992年）404頁，鈴木祿弥『債権法講義』（創文社，三訂版，1995年）444頁，内田貴『民法Ⅲ債権総論・担保物権』（東京大学出版会，第3版，2005年）355頁ほか。

(9) 林良平「事前求償権と事後求償権」金法1143号（1987年）30～31頁，國井和郎「事前求償権と事後求償権」金融法研究・資料編（3）（1987年）71頁，同「判批」法時63巻6号（1991年）31～32頁，高橋眞「事前求償権の法的性質」民商108巻2号（1993年）184頁，米倉明「判批」法協109巻4号（1992年）709～710頁ほか。

る通説の見解には賛同できない。また、かりに費用概念を広く捉えて代位弁済資金を含めうるとしても、費用前払請求権とみるだけでは、受託保証という特殊性のある場面における事前求償権の判断枠組みを考慮するに値する実質的根拠は導けない。そのため、代位弁済によって生じる出捐額およびその前払いは委任の費用概念とは区別して考慮されるべきであろう。

(4) 問題の所在

以上のように事前求償権と費用前払請求権とは切り離して考えるべきであるとしても、どのような実質的根拠をもって説明するのが妥当であろうか。とりわけ、先ほど挙げた事前求償権に関する一般的な疑問を解消できるのかが検討されなければならない。これについて、事後求償権保全説⁽¹⁰⁾と解放ないし免責請求権説⁽¹¹⁾とが主として対立するものとみられる。後に詳しくみるように、近時有力となっている後者の見解がとりわけ保証委託の内容との関連で有意義な問題提起を行っている。この見解は、日本の事前求償権について、その沿革に位置するとみられるフランス法および免責請求権規定を有するドイツ法を検討することから、保証人の地位からの解放ないし免責のための権利として再構築を試みる見解である。この見解の登場によって、先にみたような日本の事前求償権規定の問題点に一定の説明が加えられ、疑問の解消に進みつつあるように思われる。ただし、この見解にあっても、解釈論および立法論のレベルでは内容も様々である。そのため、これからの日本の事前求償権制度の進むべき道を決める意味でも、免責請求権制度の検討が不可欠であると思われる。

(10) 林・前掲注(9) 30頁、奥田・前掲注(8) 405頁ほか。

(11) 國井・前掲注(4) 阪大法学245頁以下、高橋・前掲注(9) 173頁以下ほか。

2 本稿の目的と課題設定

以上の問題意識から、本稿では、受託保証人の事前保護制度として想定されうる事前求償権および免責請求権について、それぞれの実質的根拠ないし法的性質および両者の関係性を探ることを目的とする。これによって、日本での受託保証人の事前保護制度のあるべき姿を描写したい。

その目的を達成するため、まずは日本で主張されている解放ないし免責請求権についての学説の整理を行い、日本での議論の到達点および問題点を指摘する必要がある。これを本稿の第1の課題と位置付ける（第2章）。ところで、従来の日本の議論において、明文の免責請求権規定を有するドイツ法の検討がかならずしも十分とはいえない状況にあったと思われる。そのため、ドイツの免責請求権の判断枠組みを整理し、問題点の抽出を図る必要がある。これを本稿の第2の課題と位置付ける（第3章）。そのうえで、ドイツの議論から得られる示唆をまとめ、立法論をも視野に入れつつ、日本法の下での解釈論の可能性を検討する（第4章）。

3 ドイツ法を検討対象とする意味

本論に入る前に、上述した第2の課題について付言しておきたい。そもそもドイツでは、一般免責請求権論との関係を考慮しつつ、各論場面とされる受託保証人の免責請求権が語られることが多い。⁽¹²⁾ この一般免責請求権論では、保証の場面に限らず、委任または事務管理の費用償還、連帯債務、損害賠償等の場面でも免責請求権が問題とされており、すべての場面を統一的な視点で捉える傾向が近時は主流といえる。前稿では、この点を確認しつつ、免責請求権の内容および法的性質面での特質を明確化し、そして

(12) 一般免責請求権論の判断枠組みについては、前稿で詳細に検討を加えた。渡邊力「一般免責請求権論——ドイツ法の紹介と日本法への示唆——」法と政治61巻4号（2011年）103頁以下参照。

各種解釈論上の問題点を整理した。この基礎研究の意味は、本来の免責請求権の意義ないし性質を正確に把握する点にある。この点を踏まえつつ、本稿では、ドイツにおいて各論場面とされる受託保証の場面において、その特殊性を勘案しつつ、ドイツ民法（以下、BGB と称する）775条によって受託保証人に認められる免責請求権の意義、法的性質ないし機能、および要件・効果を明確化する。この作業によって、一般免責請求権の原則形態と受託保証における特殊性の反映された形態との関係を適切に把握できると考える。

これに加えて、とりわけドイツで議論されている免責請求権の事前請求権への「転換」問題に焦点を絞って検討を行う⁽¹³⁾。この問題について、近時の一連の連邦通常裁判所（以下、BGH と称する）判決が事前請求権への「転換」を否定したため、これらの判示内容は事前請求権を否定する根拠を把握する格好の題材を提供する。そこで、事前請求権への転換を認める見解を「事前請求アプローチ」、これを認めない見解を「免責請求アプローチ」として、それぞれの主張内容を客観的に抽出することで、両アプローチの対立構造を明確化する。それによって、規定上で免責請求権を所与のものとするドイツ法にあって、事前請求権の存在意義を検討することで、日本での事前求償権と免責請求権との関係性の理解にあたって一定の示唆を得られるものと考ええる。

以上のように、ドイツ法を検討することには、本来的な一般免責請求権論との関係で受託保証における免責請求アプローチの枠組みを把握できること、さらに免責請求アプローチとの対立構造の中で事前請求アプローチ

(13) 日本の事前求償権も金銭の「事前請求権」の一種と捉えられる。ただし、ドイツでは免責請求権の転換形態として事前請求権を把握する。そこで、議論の混乱を避けるため、本稿では日本の事前請求権については従来通り「事前求償権」と称する。

の枠組みを把握できることに意味がある。以上から、本稿ではドイツ法を検討の題材とする。

第2章 事前求償権と免責請求権——日本の議論状況——

本章では、事前求償権の意義ないし法的性質について、免責請求権との関係性に言及する日本の学説に絞って詳しくみておきたい。この作業を通して、日本の議論の到達点と問題点を客観的に把握して、次章でドイツの議論を検討する際の基本的な視座を得たい。

1 免責請求権に関する日本の学説

(1) 立法史的沿革を整理する見解

この見解は、次の國井論文をも援用しつつ、事前求償権についてとりわけ民法459条のローマ法からの沿革を明らかにする必要性を指摘する。⁽¹⁴⁾

「ローマ法においては、保証人が債権者からの訴訟で判決を受けたとき、未だ支払わない段階で保証人は主債務者に対し委任訴訟で訴えることが認められ、その内容は免責又は判決履行請求訴訟での防禦の請求と考えられること、これと並んで、その後、債務者の資力悪化、債務の長期間の不払いなどの事由ある場合に、委任訴訟において審判人が具体的事情を衡量して免責を認めることが次第に展開したこと、中世以降も、これらのローマ法源を基礎として同様の事例に事前訴求により免責を認めたこと、フランス慣習法上は、判決ではなく訴提起により事前訴求が認められたが実質的な変更とは考えられないこと、などが明らかとなった」とまとめられる。そして、このような流れの中で「フランス民法2032条が事前訴求を認め

(14) 西村重雄「保証人の事前求償権——民法459条のローマ法的沿革——」『民事法学の新展開』（有斐閣、1993年）246頁。

るとき、その中心が、免責あるいはこれと並んで担保請求にあることは当然のことと理解される」という。さらに、ボアソナードによる旧民法にもその影響が及ぶと同時に、フランス民法の *indemnité* が「賠償」と理解され訳出された（旧民法債権担保編30条）。そのため、「現行民法はこの旧民法を受継ぎつつ、一方で、訴訟法的規定は訴訟法に譲ることとし、他方で、『賠償』を文字通りに受けとり、事前の訴求の場合にも『求償』と理解して立法され」たものと説明される。そして、「実務的に見れば、最終的には債務者は保証人を免責すべきことが要請されているといえるのであり、フランス法あるいはドイツ法と結論においては大きく異なるものでない」が、「事前求償という側面が前面に押し出され、債務者による免責ないし担保設定によってはじめて事前求償が否定されるという形をとることとなった。その結果、歴史的にも比較法的にも我国独自の『事前求償権』が成立することになった」とされる。⁽¹⁵⁾

(2) 法的性質に関する学説

a 國井説

沿革的にフランス古法さらにローマ法にまで遡るフランス民法2032条による支払前の保証人に付与した訴権について、「この訴権は、伝統的には免責・担保の請求をその対象としたが、同条はポティエの用語法に倣って、これを『賠償を受ける為』の訴権と性格規定した。この性格規定が解釈問題を生ぜしめたが、学説・裁判例は早くから、ほぼ一致して、法文に重きを置かず、この訴権の対象を免責・担保・供託の請求に限定し、賠償請求を排斥する解釈論を展開し、これに即した処理準則を定立してきた」とされ、これがフランスにおける確固たる定説であるとされる。⁽¹⁶⁾ この定説

(15) 西村・前掲注(14) 246～247頁。

の理論的根拠は、「その一は、支払前の保証人は損害を被っていないから、損害賠償が問題となれない」こと、「その二は、右法文はポティエの用語法の過誤に由来し、伝統的な処理準則に反する、との沿革的分析に立脚した制度論的視点からの批判である」とする。さらに具体的妥当性について、「定説的理論は、かかる保証人の保護としては、賠償請求は不要・不当で、かつ、免責等の請求が必要にして充分」であるとみているとする。このようなフランスの定説的理解は、ドイツ法やスイス法での免責・担保の請求権とする処理方式と一致することが強調される。⁽¹⁷⁾

「翻って、わが事前求償権はフランス民法の賠償訴権を継受し、かつ、これを求償権に昇華・徹底したものと評価できる」としつつ、フランスの定説的理解からすると、「われわれは事前求償権につき、既存の解釈を根底から見直す必要に迫られる」と指摘される。他方で、フランスで懸念された債務者の二重弁済の危険性について日本民法461条1項が回避措置を用意し、また破産財団の配当加入について同法460条1号、さらに供託、担保と免責について同法461条2項が規定されていることに鑑み、「わが民法は、フランス民法学の理論と軌を一にする側面をもち、かつ、事前求償権の対象を賠償の事前請求に限定した」とされる。「それゆえ、461条2項の運用ならともかく、事前求償権の解釈論的な性格づけとして、賠償請求を排除し、免責等を権利内容とすることは不可能である」と指摘される。しかし、「いずれにしても、事前求償権は免責行為前の段階で、保証人に損害発生の前兆が生じた特段の場合に、その危険性の除去・回避のため、法が特に認めた例外的な権利であって、これに過大の機能を付与すべきではない」と結論付けられる。⁽¹⁸⁾

(16) 國井・前掲注(4) 阪大法学268～269頁。また、國井・前掲注(9) 金融法62頁以下参照。

(17) 國井・前掲注(4) 阪大法学269～270頁。

他方で、事後求償権との関係について、フランスの理論からは支払前の求償権は支払後の通常の求償権とは別個の権利のようにみえたと指摘しつつ、「わが事前求償権は求償権に昇華されており、その権利内容は事後求償権と異ならないものとなっている」ことから「フランス理論の表見的様相をもって、わが事前求償権と事後求償権とを別個独立の権利とすることは、正しくない⁽¹⁹⁾」とされる。

b 高橋説

上記國井説を参照しつつ、「フランス法においては、保証人の権利は委任事務処理費用の請求権とは異なる『賠償訴権』とされ⁽²⁰⁾」，「金銭の支払をその内容とするが、二重払防止のための制度がないことを背景にして、これを免責・担保請求に限定するのが定説とされる⁽²¹⁾」とする。その一方で、ドイツ法における免責請求権（ドイツ民法257条および775条）について一定の検討を加えたうえで、「ドイツ法においては、保証人の権利は免責請求権とされ、金銭の支払請求権とは異なるものとされるが、その実行の過程では、金銭の支払請求権に転化することによって具体化する面もみられる。このように免責請求と金銭支払請求とに、ある連続性が認められるとすれば、日本の事前求償権についても、委任事務処理費用の請求権としてではなく、保証人の免責を基礎に置きつつ、その手段としての金銭の支払を請求する権利として捉えることができるのではなかろうか」とされる⁽²¹⁾。そして、「事後求償権の存在を前提として、事前求償権をその延長として考えるのではなく、むしろ事後求償権の発生そのものを防ぐために、

(18) 國井・前掲注（4）阪大法学270～271頁。

(19) 國井・前掲注（4）阪大法学271頁。

(20) 高橋・前掲注（9）193～196頁，202頁。

(21) 高橋・前掲注（9）196～200頁，202頁。

保証からの免責を求める権利と考える」とされる。さらに保証からの免責を求めることができる理由を保証委託契約の趣旨に求める。つまり、債権者に対する弁済を直接の内容とするものではなく、主債務の履行期が到来すれば債務者が自ら弁済することを前提として、履行期までの間の信用が供与されるとみる。したがって、履行期が到来したときは、保証人は、債権者との関係では免責を請求しえないが、主債務者に対しては、信用供与の期間の終了に伴い、いわば負担のない状態への原状回復として、適切な方法により保証債務の負担から免れさせることを請求することができるという。その際の免責方法は重要ではなく、信用供与期間が終了しているので、弁済の資金を主債務者に請求しても、何ら保証の趣旨に反しないとする。そして、免責の実現に金銭の支払請求を採用する日本法について、内容の確定しないままでの「免責」の強制実現は技術的に困難なこと、主債務者の二重払いを避ける規定（民法461条1項）が用意されていることから、合理性があると説明される。⁽²²⁾

なお、事後求償権との関係については、上述のように「事後求償権の存在を前提として、事前求償権をその延長として考えるのではなく、むしろ事後求償権の発生そのものを防ぐために、保証からの免責を求める権利」とみることから、両者は別個の権利と考えられているようである。

c 潮見説

保証人の求償権は、責任財産上の不当利得（求償利得）として把握されるべき事後求償権が本来の姿であるとする。⁽²³⁾しかし、保証は人的担保の性

(22) 高橋・前掲注（9）202～203頁。

(23) 潮見佳男『債権総論Ⅱ——債権保全・回収・保証・帰属変更——』（信山社、第3版、2005年）491頁以下〔初出『債権総論』（信山社、初版、1994年）306頁〕。

質を有するところ、保証人が現実に出捐をしない場合でも、担保的地位からの解放についての保護の必要性が保証人に認められる場合には、「担保的地位からの解放を主たる債務者に対して求める権利」を保証人に与える意味があるとする。これを立法化するにあたり、①保証人の「事前求償権」という構成（フランス民法2032条参照）、②保証人が主債務者に対して有する「免責請求権（解放請求権）」という構成（ドイツ民法775条以下）がありうるところ、日本の民法は前者の構成によったものである。このような観点からすると、受託保証人の事前求償権はそれ自身が保証委託関係から保証人を解放する機能を有するのであって、事後求償のための地位を暫定的に保全するという趣旨に出たものではないという。そこで、「事前求償権は、保証人が自己の損害を防止するためにみずからの免責または担保を請求しうるために認められた特別の権利、つまり解放請求権の一種として理解するのが適切である」と説明される。

事前求償権と事後求償権の関係について、両者はいずれも受託保証人に生じる不利益の解消、すなわち主債務者への最終的リスク転嫁を目的とした権利である点では共通するという。しかし、「事前求償権は、自分が弁済その他の出捐行為をしてから求償したのでは保証人の解放が期待できない状況下で、保証人のリスク負担を回避するため、特に政策的価値判断に基づき認められた例外的権利（担保負担からの解放請求権）である。」したがって、両者は別個の権利として捉えられる性質のものであるとされる。

d 平野説

立法史的な沿革について、ローマ法に関する西村説とフランス法に関する國井説、さらに旧民法の規定を参照しつつ、現行民法はいわゆる事前求償権につき459条と460条とに分けて規定したが、フランス民法と同じ表現が「債務者に対し直ちに其賠償を受くる為め訴を為す」と「賠償」と訳

されたために、保証人は主債務者に自分に支払請求ができるものと誤解され、「求償」と表示されてしまったが（西村見解参照）、しかし沿革から考えれば、あくまでも免責請求権にとどめられるべきであり、字義通り「求償」権と捉えることは適切ではないとみる⁽²⁴⁾。國井説による解釈論上の困難性の指摘に対して、あえて解釈論として無理を承知で、免責請求権の規定と読み替えたいという。そして、この保証人の免責請求権は民法650条2項の免責請求権と同様に、委任を受けた場合の特別規定と考えている。他方で、免責請求権（債権者への支払いの請求）の履行の強制方法としては、主債務者の財産に強制執行をして債権者に支払わせることになろうか、とみる。また、免責請求権に担保をつけてもしかたなく、主債務自体に担保をつけてもらうことになろう（事後求償権のためにあらかじめ担保をつけることができるのは当然）、とする。ただし、主債務者が破産宣告を受けた場合には、保証人の保護の必要性があるので、この場合には将来の求償権を確保する必要性があり、この場合に限って免責請求権の内容として、便宜上自分への支払請求権を認めてもよいであろうか、とされる。

事前求償権と事後求償権との関係について、前者を免責請求権と考えるため、同じ求償権と考える必要はなく、まったく別個の権利ということになり、免責請求権が保証人の代位弁済後に残る余地はなく、求償権は事後求償権だけであり、当然、事後求償権の成立時から消滅時効は起算されることになる。とみる。

e 古積説

現行民法の解釈論の範疇において、受託保証人の事前求償権規定を物上

(24) 平野裕之『債権総論』プラクティスシリーズ（信山社、2005年）436～440頁。

保証人にも適用できるかという問題に関連して、保証人の事前求償権は費用前払請求権の一種であり、弁済の義務を負担しない物上保証人にこれを認めることはできないが、他方で、物上保証委託契約の内容いかんによっては、一定の事情の下では物上保証人には債務者に対して自己を免責させるように求める権利が認められるという⁽²⁵⁾。つまり、「現行法の解釈論において、委託を受けた物上保証人に事前の救済が一切認められないかといえ、そうとはいえない。たしかに、460条の事前求償権は物上保証の構造には適合しないが、債務者が抵当権の設定を委託する契約では、弁済期が到来すればすみやかに弁済し物上保証人には不利益を与えないということが暗黙の前提となっている」場合には、「かかる委託契約の解釈そのものによって、弁済期到来後には物上保証人には債務者に対して担保権の拘束から解放するよう請求できる権利が認められる可能性も残っている」という。その一方で、立法論としては、本来、保証人に認められるべき権利は、弁済に要する金額の支払請求権ではなく、最近の有力説がいう免責請求権といえよう。保証人の事前求償権は保証人が債務者に代わって弁済することが委託されているという前提の下で認められるべき権利であるが、少なくとも債務者と保証人との間でなされる現実の保証委託契約においては、保証人が債務者に代わって弁済することは基本的には想定されていないとみる。その意味で、法制度として、保証人の弁済を前提とする権利を定めること自体が問題であるとする。むしろ、債務者の委託を受けていた保証人に認められる権利は、自己へのリスクが現実化しようとする段階で債務者に対して保証の負担から解放するように請求しうる権利である。それが、債務をあくまで担保するに留まり、債務者との関係ではまず債務者

(25) 古積健三郎『ハイブリッド民法3・債権総論』（法律文化社、2006年）185頁、同・前掲注（4）法学新報27頁以下参照。

が弁済すべき地位に立つという保証の性質に合致するという。そして、事前求償権の制度が免責請求権の制度に変更されるならば、それを物上保証人に認めることの障害もなくなる、という。さらに、先の西村説によって指摘されるように、ローマ法では一貫して免責請求権に留まっていたところ、現行法における事前求償権は本来債権者を満足させなければならない地位にある保証人が、いわば債権者と並んで債務者に対して金銭の支払いを請求できることは、その地位に反する側面さえ有することから、将来的には現行の事前求償権規定を免責請求権に変更する法改正が検討されるべきものという。

なお、事前求償権を免責請求権とみた場合の事後求償権との関係については触れられていない。

f 福田説

まずは中世ローマ法、フランス法およびドイツ法を題材とした事前請求権の系譜研究や比較法研究をもとに、⁽²⁶⁾「弁済期到来による事前請求権は信用供与期間の終了に伴う保証委託の清算という観点から捉えるのが適切であり」、「委託目的の達成によって保証人はそれ以上に信用を供与すべき義務を負担しないのだから、求償リスクだけでなく抽象的なレベルの出捐リスクであっても回避すべきである。しかも、リスクの程度は個々の事案によって異なるが、その客観的なレベルにこだわると保証人に必要な保護を与えることができず、リスクの程度に関しては保証人の判断を尊重すべき

(26) 福田誠治「中世末期における保証人の事前求償権——民法460条2号の形成史——」上智大学法学会編『変容する社会の法と理論』（2008年）324頁以下、同「事前請求制度の目的となるリスク内容——求償リスクと出捐リスク——（上）（下）」上智法学論集53巻4号19頁以下、54巻1号1頁以下（2010年）参照。

である。このために、客観的には抽象的なレベルのリスクであっても、迅速なリスク回避が要請される。そうすると、事前請求権の具体的な内容は金銭債権でなければならない、保証免責請求権というような作為債権では不十分である⁽²⁷⁾と基本的な見方を示される。さらに、日本法の議論状況や利益分析に照らして、現行制度の解釈論としてもこのような清算目的説が委任事務処理費用説よりも適切であるとしつつも、その一方で清算目的説による現行制度にも様々な難点があり、⁽²⁸⁾万全の制度ということはできないと指摘される⁽²⁹⁾。そして立法論としては、事前請求の内容と催告の要否という点について、迅速な清算を重視する立場から金銭請求権を選択するのが妥当であり、また履行機会の保障に多くの意義を望めないことから催告を不要とする選択肢が適切とされる。そのため、結局は清算目的説の理解する現行制度が、万全ではないにしても、比較的優位性のある選択肢だとされる⁽³⁰⁾。他方で、ローマ法学およびドイツ法における保証委託による信用供与が無期限であるとの見方に対して、日本の現行制度が主債務の弁済期を事前請求の契機とすることから、保証委託は期限付きの継続的法律関係だと指摘される。

事前請求権と事後求償権との関係について、保証委託関係の清算を目的とする点で両者は共通するが、後者は出捐を契機とした終局的な清算手段なのに対し、前者は保証免責の実現を期待しつつも、その法形式は金銭による暫定的な清算を直接の目的とする点で、両者は制度目的を異にする別個の権利であるとされる⁽³¹⁾。

(27) 福田・前掲注(3)『保証委託の法律関係』40頁。

(28) 問題点の詳細につき、福田・前掲注(3)『保証委託の法律関係』309頁参照。

(29) 福田・前掲注(3)『保証委託の法律関係』302頁、313～314頁。

(30) 福田・前掲注(3)『保証委託の法律関係』308～314頁。

(31) 福田・前掲注(3)『保証委託の法律関係』265頁。

2 小括

以上の学説の大枠を整理すると、日本の事前求償権の沿革はローマ法時代に遡るものであり、その目的が保証人の地位からの解放ないし免責とみる点で一致している（以下では、「解放目的」と称する⁽³²⁾）。ただし、その解放目的を達成するための手段については見解が分かれている。これは、すでに適切に指摘されているように、①金銭の事前請求とみる見解と、②免責請求とみる見解とに大別できる⁽³³⁾。本稿では、便宜上、前者を「事前請求アプローチ」、後者を「免責請求アプローチ」と称する。前者は、フランス民法の規定形式に近く、さらに日本民法の採用するととされる。後者は、フランス民法の通説的な見解に一致し、ドイツ民法の採用するところであり、ドイツでの現在の判例および通説に一致するところである。この枠組みに沿って上記学説を整理すると、解釈論のレベルで①の事前請求アプローチを採用するものとして、潮見説、高橋説、福田説が挙げられる。とりわけ、高橋説と福田説によれば、保証委託の内容について、信用供与期間の終了時点を重視し、保証関係から免責・解放されるためには事前の清算請求としての金銭請求が適切であるとされる⁽³⁴⁾。この見解によれば、①の事前請求アプローチが解釈論として日本の現行規定に抵触しないだけでなく、立法論としても事前請求アプローチが妥当とみるため、これを基本として制度設計されるべきことになる。これに対して、解釈論として②の免責請求アプローチを採用するものとして平野説がある。また、解釈論として②を採用することは無理としつつ、立法論として②の免責請求アプロ

(32) 本稿では、「手段」としての「免責」請求権と区別するため、「目的」においては「解放」という用語を用いたい。

(33) 潮見・前掲注(23) 491頁参照。

(34) 論者によれば、清算目的説と称される。本稿の分析視点からすると、「解放目的—事前請求アプローチ」がこの見解に一致すると考える。

ーチを妥当とみるものとして、國井説、古積説が挙げられる。これら免責請求アプローチを支持する見解は、ローマ法的沿革、ドイツ法およびドイツ・フランスの通説的な見解に一致するうえ、とりわけ保証人の解放のためには②の免責請求アプローチが素直であるという点を根拠とするとみうる。

以上の対立点について、後者の見解が①の事前請求アプローチを不当とみる根拠としては、まずはローマ法時代からの立法的沿革と、それに従ったドイツやフランスの通説的な理解に反することが挙げられる。さらに、具体的な法律構成の問題として、保証人が実際に代位弁済をする前には保証人に出捐という損害が発生していないという点も、代位弁済前に金銭での損害賠償請求が認められない根拠とされる。これに対して、前者の見解が②の免責請求アプローチを不当とみる根拠としては、解釈論レベルの問題として、まずは現行民法の規定に抵触する可能性が高い点が挙げられる。また、より実質的には、福田説にみられるように、免責請求アプローチは債務者による選択的な代替的作為を要する点で、迅速なりスク回避の要請に合致しないという批判が成り立ちうる。

他方で、事後求償権との関係についてみれば、免責請求権または事前請求権の目的を保証委託からの解放とみることから、いずれの見解によっても基本的には事後求償権とは異なる権利だと捉えられることになる。ただし、國井説は、事前求償権がわが国独自の発展を遂げていることから、フランス法のように別個の権利とは即断できないとされる。その意味では、事前請求アプローチを採れば、同じ金銭債権であるという点で、事後求償権と同一の権利と捉える余地があると指摘できよう。

以上をまとめると、近時の有力説は、事前求償権の法的性質について保証からの解放を目的とするという点では一致するものの、大きくみれば、その目的を達する手法において2つのアプローチが対立していることがわ

かる。この点の妥当性を検証するには、事前請求権ないし免責請求権の意義または両者の関係性を理解する必要がある、背景としての制度史的な理解が切り離せない。すでにローマ法とフランス法の分析および検討には一定の議論の集積がなされている。その一方で、ドイツ法についても近時詳しい検討がなされている。ただし、高橋説による事前請求アプローチ採用の論拠の一つとされるドイツ法における金銭支払請求権への「転換」論⁽³⁵⁾は、その後のBGH判決によって基本的に覆されている⁽³⁶⁾。これは事前請求アプローチを否定することになるため、一連のBGH判決を詳細に検討する必要がある。他方で、福田説は免責請求アプローチを否定する材料としてドイツ法の状況を詳しく検討している⁽³⁷⁾。たしかに批判的な視点からの検討も有意義であり、本稿もこれを否定する意図に出るものではない。ただ、免責請求アプローチの存在しない日本法において、その当否を検討する前提として、まずは典型的なモデルケースを客観的に想定しておく必要があると考えられる。そのために、免責請求アプローチの一つの典型的な発現形態としてのドイツ法は格好の題材となる。また、第1章でも述べた通り、段階の異なる一般免責請求権の枠組みを措定したうえで、それとの関係で受託保証人の免責請求権を位置付ける必要がある。そのため、本稿では、ドイツの免責請求権規定を前提とした議論の到達点を客観的に示すことによって、まずは免責請求アプローチの判断枠組みを抽出したい。そのうえで、事前請求アプローチと免責請求アプローチの妥当性ないし関係性について、一定の考察を加えたい。これらドイツ法の検討によって、日本の近時の免責請求権説における両アプローチの対立構造が明確になるものと考

(35) 高橋・前掲注(9) 198頁参照。

(36) 古積・前掲注(4) 法学新報43頁、福田・前掲注(26) 上智(下) 60頁参照。

(37) 福田・前掲注(26) 上智(上) 30頁。

える。

第3章 受託保証人の免責請求権——ドイツの議論状況——

論

1 緒論

受託保証人の事前保護制度として、ドイツではローマ法的沿革に忠実な免責請求アプローチが規定上採用されているうえ（BGB 775条⁽³⁸⁾）、学説においても免責請求アプローチが所与のものとして定着しているといえる。そのため、事前請求アプローチは基本的には問題とされず、例外的に免責請求権の金銭支払請求権への事前の「転換」の可否が問題とされるにすぎない。そのうえ、本章で詳しくみるように、この例外ですら近時の BGH 判例によって否定されるに至っている。他方、ドイツでは、免責請求権については受託保証の場面のみならず、費用償還の一般的場面や連帯債務、損害賠償の場面等を含めて、一般免責請求権論が展開されている。このようなドイツの状況からすると、各論的場面の一つとして特殊性を有する保証の場面を検討するにあたって、免責請求権に関する一般枠組みの中での位置付けの視点も必要になると思われる。

説

以上から、近時のドイツの議論を対象として、一般免責請求権論の中で

(38) BGB 775条【免責に関する保証人の請求権】(1)保証人が主たる債務者の委託を受けて保証をしたとき、または保証人が保証引受に基づいて事務管理の規定に従って主たる債務者に対して受任者の権利を有するときは、保証人は、次の場合において、主たる債務者に対して保証の免責を請求することができる。①主たる債務者の財産関係が著しく悪化したとき ②保証引受の後に生じた主たる債務者の住所、営業所または居所の変更によって主たる債務者に対する訴追が著しく困難となったとき ③主たる債務者が自己の債務の履行について遅滞にあるとき ④債権者が保証人に対して履行につき執行力のある判決の言渡しを受けたとき (2)主たる債務がまだ弁済期に達していないときは、主たる債務者は、保証人の免責に代えて、保証人に担保を供与することができる。

保証における免責請求アプローチがいかに評価されているのか、またいかなる問題を抱え、どのように解釈されているのかを本章で明らかにしたい。そのため、まずは受託保証の免責請求権に関する判断枠組みを整理する。⁽³⁹⁾ その際、免責請求アプローチの典型的発現形態の中で、事前請求アプローチがどのように生成・評価されてきたのかを明らかにするため、とりわけ金銭支払請求権への事前の転換問題に焦点を当てたい。

2 受託保証人の免責請求権に関する判断枠組み

(1) 規定の目的と意義・適用範囲

a 一般免責請求権論と受託保証の場面の関係性

ドイツでは、各種の免責請求権が規定されているうえ、それらを包括した理論として一般免責請求権論が展開されている。⁽⁴⁰⁾ そもそも一般的な免責請求権とは、債務者（＝免責債権者）が債権者（＝第三債権者）に対して債務（＝第三債務）を負っている場合において、その債務者が当該債務からの免責を債権者ではなく他者（＝免責債務者）に対して請求することのできる権利と定義される。そして、免責義務の内容としては、代弁済、免責債務引受けまたは免除契約等が指摘されていて、免責債務者はそれらの免責方法を任意に選択できるとされる。⁽⁴¹⁾ このような免責請求権については、金銭の支払いを目的とする請求権とは異なった特殊性を有することが強調されている。また、その成立場面として、本稿で扱う受託保証の場面（BGB 775条）に加えて、⁽⁴²⁾ 一般的な費用償還（BGB 257条）、連帯債務

(39) BGB 775条の概略については、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995年）673～674頁〔該当箇所につき鳥谷部茂執筆〕、高橋・前掲注（9）196～199頁、古積・前掲注（4）法学新報42～44頁も参照。

(40) 渡邊・前掲注（12）法と政治103頁以下。

(41) Vgl. Gerald Görmer, Der Befreiungsanspruch, JuS 2009, 8.

(42) BGB 257条【免責請求権】 一定の目的のために支出する費用につき

(BGB 426条), 組合からの脱退 (BGB 738条), 損害賠償 (BGB 823条, BGB 249条 1 項), 保険契約 (VVG 100条), さらに当事者間の合意による場面が主として挙げられている。⁽⁴³⁾

その一方で, 受託保証人の免責請求権は, 委任を含む一般的な費用償還の場面における免責請求権との関連で次のように捉えられている。⁽⁴⁴⁾ 保証の引受けは, 多くの場合, 主債務者と保証人との間の委任関係または事務処理契約に基礎を置く。もしくは, とりわけ委任または事務処理契約が無効であるか, またはそれらの証明がなされていない場合には, BGB 775条 1 項後段に基づいて事務管理によって保証が引き受けられることがある。これらの場合に生じる主債務者と保証人との間の法律関係は, 一般的な委任の場面と比較して保証の特殊性を有することから, BGB 775条はその特殊性に応じて一般の委任法理を修正している。すなわち, 通常の委任関係においては先の費用償還についての免責請求権 (BGB 257条), 費用償還請求権 (BGB 670条), ⁽⁴⁵⁾ 費用前払請求権 (BGB 669条) ⁽⁴⁶⁾ および委任契約解消

償還を請求する権利を有する者は, その目的のために義務を負担したときは, その義務につき免責を請求することができる。義務が履行期に達していないときは, 償還義務者は, 償還権利者の免責に代えて担保を供与することができる。

(43) 適用場面の詳細および規定内容については, 渡邊・前掲注 (12) 法と政治 115~121頁, 145~149頁, 192~197頁参照。

(44) MünchKomm/Habersack, § 775 Rdnr. 1; Soergel/Pecher, BGB, 12. Aufl., 2007, § 775 Rdnr. 2; Staudinger/Horn, BGB, 13. Aufl., 1997, § 775 Rdnr. 1; Schulze/Dörner/Ebert, BGB, 5. Aufl., 2007, § 775 Rdnr. 1; NomosKomm/Staudinger, BGB, 5. Aufl., 2007, § 775 Rdnr. 1; Bamberger/Roth/Rohe, BGB, 2. Aufl., 2008, § 775 Rdnr. 1; Palandt/Sprau, BGB, 69. Aufl., 2010, § 775 Rdnr. 1.

(45) BGB 670条【委任の費用償還】 受任者が委任の執行のために事情により必要と認められる費用を支出したときは, 委任者は, 費用償還義務を負う。

の告知権（BGB 671条）が適用されるどころ、受託保証の場面では保証の危険が事後的に高まった場合に免責請求権の成立が制限され（BGB 775条 1 項各号）、さらに費用前払請求権および解約告知権は排除されると一般に解されている。なお、費用償還請求権については免責請求権との適用関係が問題とされているが、後の金銭支払請求権との関係の箇所ですくしく触れることにしたい。

以上対して、免責請求権の成立が BGB 775条 1 項各号の場合に制限される根拠についてはいくつかの見方がある。たとえば、立法理由では「債務者への求償権に不当な危険性のある場合」だからとみていたところ⁽⁴⁷⁾、同じく「代位弁済後に委託契約または事務管理によって生じる賠償請求権の実現可能性が、保証引受後に生じた特定の事情に基づいて、危険にさらされる場合」だからと説明する見解がある⁽⁴⁸⁾。また、保証人には代位弁済後に事後求償権が認められるが、緊急の事情においては代位弁済をせずにすむことに関心があるところ、常に免責請求権を行使できるとすると、主債務者はそれを避けるために自己の債務の弁済を余儀なくされ、保証による信用を失う結果となるため、受託保証人の免責請求権は主債務者の財産状況が悪化した場合（1号、2号）または保全の訴訟が近づいた場合（4号、5号）に制限されたとみる見解がある⁽⁴⁹⁾。他方で、「保証を引き受けた後に保証人とは無関係に、とりわけ主債務者の適時の履行の見込みが低下するような特定の状況によって保証人の保証リスクが拡大した場合に、…保証人の利益を保護する」ためとみつつ、受託保証の場面で制限される

(46) BGB 669条【委任の費用前払義務】 委任の執行に必要な費用については、委任者は、受任者の請求によりその前払いを行わなければならない。

(47) Mot. II S. 667.

(48) Schulze/Dörner/Ebert, § 775 Rdnr. 1.

(49) Medicus, Schuldrecht II, 14. Aufl., 2007, Rdnr. 530.

規定は「いずれも保証の経済的な目的とは一致しない」からと説明する見解がある⁽⁵⁰⁾。保証の危険性について、当初に引き受けた危険が高まった場合⁽⁵¹⁾（1号から3号）と、現実化した場合（4号）とを分ける見解もある⁽⁵¹⁾。以上に対して、「当該規定はまた、保証人の立場で給付するということを債務者との関係では基本的には保証人の責務とはみておらず、むしろ保証人の義務はもっぱら他人の債務を担保するという点に存在するとみている」と指摘する見解がある⁽⁵²⁾。

b 意義・法的性質・機能

上述のような規定の目的や一般免責請求権との関係において、適用場面の制限理由等には言及されているものの、受託保証人の免責請求権自体の法的性質や機能についてはとりたてて議論されていない。これは、原則形態である一般免責請求権論が保証の場面でも同じように適用されると考えられているからである。そのため、受託保証人の免責請求権の判断枠組みを分析するにあたって、一般免責請求権の意義ないし法的性質および機能が重要となる⁽⁵³⁾。

c 適用範囲

BGB 775条が適用されるのは、受託保証人の場合だけでなく、先にも指摘したように、受託保証と同等な事務管理の場合をも含む⁽⁵⁴⁾。さらに、連帯

(50) Staudinger/Horn, § 775 Rdnr. 1.

(51) E. Herrmann/Ermann, BGB, 11. Aufl., 2004, § 775 Rdnr. 1.

(52) MünchKomm/Habersack, § 775 Rdnr. 1.

(53) これについては前稿で詳細にまとめた（渡邊・前掲注（12）法と政治 149～151頁，184～189頁）。本稿では、後の検討に際して、必要な限りで参照する。

(54) MünchKomm/Habersack, § 775 Rdnr. 1; Staudinger/Horn, § 775 Rdnr.

保証の場合や、先訴の抗弁（BGB 771条⁽⁵⁵⁾）によって制限された保証の場合や、信用委任（BGB 778条⁽⁵⁶⁾）による保証責任の場合にも適用がある⁽⁵⁷⁾。他方で、BGB 775条は保証委託が有償の場合と無償の場合のいずれにも適用があり、両者で基本的な差異を生じさせるべきではないとされる⁽⁵⁸⁾。

以上のように事務管理の場面を含む点で、適用場面が受託保証に限定される日本の事前求償権とは異なっている。これは、ドイツでは、委任の費用償還に関する免責請求権の規定が、立法段階の第2草案で債務法総論の場面に移行され、事務管理の場面等も含む費用償還に関するより広い適用場面を有する規定として現行法に至ったという経緯から、保証の場面においても委託のある場面に限らず、事務管理によって保証が引き受けられた場面にも免責請求権の適用が認められたものと捉えられる。

他方で、本条は保証人がBGB 774条1項1文および670条に従って清算

2; Schulze/Dörner/Ebert, § 775 Rdnr. 2; NomosKomm/Staudinger, § 775 Rdnr. 1; Bamberger/Roth/Rohe, § 775 Rdnr. 3; Palandt/Sprau, § 775 Rdnr. 1.

(55) BGB 771条【先訴の抗弁】 保証人は、債権者が、主たる債務者に対する強制執行を試みたが、それが不奏功に終わった場合でない限り、債権者の満足を拒絶することができる（先訴の抗弁）。保証人が先訴の抗弁を提起したときは、債権者が主たる債務者に対して強制執行を試みたが、それが不奏功に終わるまで、保証人に対する債権者の請求権の時効は停止される。

(56) BGB 778条【与信の委託】 他人に、自己の名前で、かつ自己の計算で第三者に消費貸借または融資の援助を許容することを委託した者は、受託者に保証人として消費貸借または融資の援助から生じた第三者の義務について責めを負う。

(57) MünchKomm/Habersack, § 775 Rdnr. 2; Schulze/Dörner/Ebert, § 775 Rdnr. 1.

(58) MünchKomm/Habersack, § 775 Rdnr. 2.

(59) Prot. VI, S. 152f. Vgl. Piekenbrock, NZI 2007, 384.

(60) BGB 774条【法律上の債権移転】 (1) 主たる債務者に対する債権者の

する権限を有するという状況を考慮に入れていることから、担保を目的とする債務引受けの場合にも、引受人と主債務者との間の法律関係と矛盾しない限りで、本条の適用可能性があると指摘される。また、物的担保の設定の場面でも本条は適用可能であるとされる⁽⁶¹⁾。これに対して、手形の単なる連署および併存的債務引受け、第三者の側からの担保設定の場合および同じ主債務のための物上保証人（第三質権設定者）に対する保証人の関係については、本条は適用されないとみる見解がある⁽⁶²⁾。

d 特別の合意

BGB 775条は任意規定とされ、当事者による異なる合意によって変更可能とされる。また、主債務者は同条1項各号の要件外でも契約によって保証人に免責請求権を与えることができる⁽⁶³⁾。たとえば、組合員が組合から脱退した後に、組合の負う債務についての保証から免責するように通常は要求できるとされる。また、保証が主債務者からの期限付きの委託に基づいて引き受けられた場合に、その合意期限が経過した後も、同様に免責を請求できる。

その一方で、保証人は個別の合意によって、同条に基づく免責請求権を事前または事後に放棄することができる⁽⁶⁴⁾。たとえば、債権者と主債務者間

債権は、保証人が債権者を満足させる限度で、保証人に移転する。この移転は、債権者の不利益に主張することができない。主たる債務者と保証人との間に存在する法律関係に基づく主たる債務者の抗弁は、影響を受けない。(2)共同保証人は、お互いに第426条に従ってのみ責任を負う。

(61) MünchKomm/Habersack, § 775 Rdnr. 3.

(62) Staudinger/Horn, § 775 Rdnr. 7.

(63) Staudinger/Horn, § 775 Rdnr. 12; MünchKomm/Habersack, § 775 Rdnr. 4.

(64) Staudinger/Horn, § 775 Rdnr. 13; MünchKomm/Habersack, § 775 Rdnr. 5.

での履行期日を延期するという合意に保証人が同意することで、放棄の意思表示があったとみなされうる。また、保証人が担保を提供させる場合であっても、保証人の免責請求権を考慮したうえで差し出されたときは放棄の意思は存在しないが、その担保が保証人の事後求償権のみを確保する場合には放棄の意思表示が認められる。その際に、保証の意思表示に書面義務を要求する BGB 766条1文が適用されるとみる見解と、適用されないとみる見解が対立している。⁽⁶⁵⁾⁽⁶⁶⁾⁽⁶⁷⁾

他方で、債権者との関係で、保証人が債権者の同意を取り付けた場合にも免責請求権を主張しうるとの合意をなすことも可能とされる。⁽⁶⁸⁾

(2) 要件・効果

a 成立要件

(a) 各号要件⁽⁶⁹⁾

ア) 財産状態の悪化 (BGB 775条1項1号)

本条1項1号による免責請求が認められるのは、債務者の財産状態が、保証の引受けの後に、保証人の求償権が危険にさらされる程度まで悪化した場合とされる。これは、基本的には、保証契約の締結後に新たに成立した債務の種類および範囲に基づいて判断されることになる。ただし、与信の剥奪 (Entziehung eines bestehenden Kredits)、または旧債務への執行

(65) BGB 766条【保証の意思表示の書式】 保証契約が有効であるためには、保証の意思表示を書面で示すことを要する。保証人が主たる債務を履行したときはその限りにおいて、方式の欠缺を治癒する。

(66) MünchKomm/Habersack, § 775 Rdnr. 5.

(67) Staudinger/Horn, § 775 Rdnr. 13; Schulze/Dörner/Ebert, § 775 Rdnr. 1.

(68) Staudinger/Horn, § 775 Rdnr. 14.

(69) Vgl. Staudinger/Horn, § 775 Rdnr. 8-11; MünchKomm/Habersack, § 775 Rdnr. 6-9.

行為に基づいて判断されることもある。また、債務者の取引行為が信用度の失墜を導く場合には、その取引行為もまた決定的に重要なものとなりうる。第三者側からの貸付けを基礎付ける期待もまた財産状態に属しうる。たしかに、保証人が当初から抱いていた非現実的な期待は、本条1項1号に基づく請求権を基礎付けることはないが、しかし結果として保証委託の行為基礎の妨害（Störung der Geschäftsgrundlage）を伴いうるか、または保証委託の条件へと高められうる。他方で、主債務者に対する事後求償権が危険にさらされているとしても、保証人が、たとえば求償保証人によって保証される場合等には、主債務者の財産状態の悪化は重要性をとどめない。以上に対して、主債務者の財産状態が再び良くなった場合には、免責請求権は行使できない。その際に重要となるのは、口頭弁論の最終期日とされる。

イ) 住所変更（同条1項2号）

本条1項2号の要件は⁽⁷⁰⁾773条1項2号の要件と一致することとなる。

ウ) 主債務の遅滞（同条1項3号）

本条1項3号によって、主債務者の履行遅滞という要件が保証人の免責請求権を簡単に基礎付けている。主債務者による主債務の履行遅滞（284条以下）は継続した状態である。それゆえ、遅滞が治癒されると、すでに

(70) BGB 773条【先訴の抗弁の排除】(1)次の各号の場合においては、先訴の抗弁を排除する。①保証人がこの抗弁権を放棄したとき、特に連帯保証人として保証したとき ②保証引受の後に生じた主債務者の住所、営業所または居所の変更によって主債務者に対する訴追が著しく困難になったとき ③主債務者の財産につき破産が開始したとき ④主債務者の財産に対する強制執行により債権者が満足を得ることができないと認められるとき。(2)以下略。

生じた免責請求権が再び失われることとなる。これに対して、主債務者が遅滞に陥った後に債権者から支払いの猶予を得たとしても、保証人が主債務者に同意を与えず、そのため自身の免責を断念していないか、または請求権の有効性が信義・誠実の原則に違反している限りにおいて、免責請求権はこの支払い猶予によって影響されない。他方で、主債務の一部遅滞の場合には、保証人は、すべての債務のためではなく、履行期にある一部の給付の範囲内においてのみ免責請求権を有する。ただし、一部遅滞が本条1項1号という財産状態の悪化についての兆候と評価されうる場合には、全債務のための免責請求権を基礎付けうる。

エ) 債務名義の獲得（同条1項4号）

本条1項4号の要件に従って、保証人は、保証の履行に向けられた執行力のある終局判決を理由として免責を請求することができる。ただし、この要件は通常はすでに本条1項3号に取り込まれている。それというのも、BGB 768条1項1文から生じる抗弁権⁽⁷¹⁾を主張する際に、主債務者の履行遅滞を除いて、保証人への判決を得る必要はほとんどないからである。本条1項4号から理解されるのは、既判力のある終局判決や、仮執行を宣言する終局判決の場合である。執行命令（Vollstreckungsbescheid；ZPO 第700条1項）および執行力のある仲裁判断（vollstreckbare Schiedsspruch；ZPO 第1054条1項および第1060条）もこれと同様に扱うべきである。しかし、たとえば訴訟上の和解（Prozessvergleich；ZPO 第794条1項1号）、合意

(71) BGB 768条【保証人の抗弁権】(1)保証人は、主たる債務者が有する抗弁権を行使することができる。主たる債務者が死亡したときは、保証人は、相続人がその債務につき限定的にのみ責任を負うことを援用することができない。(2)保証人は、主債務者が抗弁権を放棄することによってその抗弁権を失わない。

の文言を伴う仲裁判断 (der Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut; ZPO 第1053条 1 項 2 文) および執行証書 (vollstreckbare Urkunde; ZPO 第794条 1 項 5 号) 等の場合には、保証人の協力に基づいて、かつ、そのため債権者によって実現されない (債務) 名義は、同様に扱われるべきではない。ZPO 第307条に従った認諾判決 (Anerkenntnisurteil) は後者と同列に扱われるべきであるが、これに対して、欠席判決 (Versäumnisurteil) または保証人の告白 (Geständnis) に基づく判決はこの限りではない。保証人が債務名義による強制執行をもはや危惧する必要がない限りにおいて、免責請求権は行使できなくなるのである。

(b) その他の場面

以上の各号要件の他に成立場面が認められるかどうかは争いがある。本条 1 項 1 号から 4 号の個別の免責根拠は完結しており、これを限定列举であるとみる見解がある。⁽⁷²⁾これに対して、本条 1 項の規定は終局的な性質というわけではなく、先の異なる合意の場合とは別に、さらに免責請求権が問題となる余地のある場面を指摘する見解がある。⁽⁷³⁾これによれば、保証委託の原始的無効の場合にも、債務者が契約締結上の過失によって信頼利益について保証人に対して責任を負う限り、免責請求権が問題となる余地があるとされる。また、債務者が保証人に対して自己の財産状態について不適切または不完全な説明をした場合には、保証委託は悪意の詐欺 (BGB ⁽⁷⁴⁾123条) に基づいて取り消すことが可能であり、保証人は免責請求権を有

(72) Staudinger/Horn, § 775 Rdnr. 8; Bamberger/Roth/Rohe, § 775 Rdnr. 4.

(73) MünchKomm/Habersack, § 775 Rdnr. 10.

(74) BGB 123条【詐欺または強迫による取消可能性】(1)詐欺により、または違法な強迫により意思表示をなすに至った者は、その意思表示を取り消しうる。(2)第三者が詐欺を行ったときは、他人に対してなされるべき意思表示は、この者が詐欺を知り、または知ることができた場合にのみ、取り

しうとされる。これに加えて、さらなる担保権が不発生の場合等保証委託の行為基礎を妨害した場合や、一般的な保証委託契約の解除または終了の場合にも、同じく免責請求権が問題となると指摘される。また、保証委託が不確定な存続期間を伴う信用状況に関係している場合には、保証人は不確定な存続期間に疑いを抱いたときには、保証人の地位から退くことを申し出ることができると思われる。

b 内容および執行

BGB 774条に基づく保証人の事後求償権、および内部関係から並行して行われる償還請求権とは異なって、主債務者に対する免責請求権は通常は保証人への支払いを含まない。それよりも主債務者は、どのような方法で保証人の免責を達成するかを選択することができる。すなわち、主債務者が主債務を弁済する方法か、主債務者が債権者に、無償または有償で、場合によってはその他の担保を調達することで保証人を責任から解放するよう指示する方法である。なお、この免責請求権が保証人の代位弁済前に支払請求権へと「転換」するか否かが争われている。本稿との関連で、とりわけ重要であるため、後に詳細に検討したい。

他方で、免責を内容とする判決の執行は、ZPO 887条に従って行われ⁽⁷⁵⁾る。保証人の請求権は仮差押え（Arrest）によって確保されうる。主債務者は、およそ存在するであろう免責請求権の査定および執行のために必要な情報を受託保証人に提供する義務を負う。

消されうる。その者に対して意思表示がなされるべき者以外の者がその意思表示から直接に権利を取得する限りにおいて、その意思表示はその者が詐欺を知り、または知ることができた場合に、その者に対して取り消されうる。

(75) 執行手続きの詳細は、渡邊・前掲注（12）法と政治162～166頁参照。

(3) 証明責任

保証人は、保証委託の付与、ならびに免責請求権に関する各種要件を証明しなければならない。⁽⁷⁶⁾ 委託の付与が立証されない場合には、事務管理の要件が存在することで十分である。免責と求償に関する保証人の権利は、保証委託契約の典型的な要素である。それゆえ、それに相応した合意の存在につき保証人が証明する必要はない。むしろ主債務者が、典型的な保証人の権利への制限または保証人の放棄を証明しなければならない。

(4) 担保提供の権利（BGB 775条2項）

保証人の免責請求権が主債務の履行期より前に存在しているときに限って（すなわち1項1号および2号の場合にのみ）、主債務者は担保提供（BGB 232条以下）によって請求を回避することができる。⁽⁷⁷⁾ 具体的にいえば、主債務者が結局は既判力をもって免責を余儀なくされる場合でもある。担保は、保証人の求償権のためではなく、免責請求権のために給付されるべきである。そのため、保証人が免責請求権を放棄する場合には、担保提供は問題とならない。保証人は、担保が提供されたとしても、主債務の履行期に至れば免責請求権を主張することを妨げられない。

3 金銭債権との関係

(1) 一般免責請求権論における議論

a 金銭債権への転換を否定する見解

一般免責請求権論における通説的見解によれば、⁽⁷⁸⁾ そもそも免責請求権と

(76) MünchKomm/Habersack, § 775 Rdnr. 14.

(77) Staudinger/Horn, § 775 Rdnr. 15; MünchKomm/Habersack, § 775 Rdnr. 12.

(78) 渡邊・前掲注（12）法と政治123頁，150頁，159～162頁。

は、免責債務者が免責債権者を第三債務から免責させるという代替可能な⁽⁷⁹⁾ 行為を要求するものであって、免責債務者に対する金銭の支払いを対象とするわけではないと理解されている。⁽⁸⁰⁾ そのうえで、免責債権者が第三債務を自ら履行する場合には、免責請求権は金銭の支払請求権へと転換すると⁽⁸¹⁾ 一般に理解されている。ただし、金銭債権の法的性質についてはいくつかの見解がある。たとえば、免責債務者による免責義務の遅滞によって生じる損害賠償請求権または費用償還請求権から結果的に生じるものとする見解がある。⁽⁸²⁾ さらに、免責債権者の弁済による金銭債権への変更に際して、第三債権者の債権が根拠付けられるか否かで区別し、前者の場合には損害賠償、事務管理または準事務管理に基づく費用償還請求権ないし不当利得であり、後者の場合には基本的には金銭債権は生じないと説明する見解が⁽⁸³⁾ ある。他方で、免責債権者が第三債権者に支払ったときに金銭支払請求権が成立するという結論についてはこれらの見解と同様であるが、免責請求権が金銭支払請求権へと「転換」という効果を導くのではなく、まさに BGB 257条が前提とする本来の費用償還請求権から支払請求権が「創設」⁽⁸⁴⁾ されると説明する見解がある。

(79) Georg Bischoff, Der Befreiungsanspruch – materielle und prozessuale Probleme, ZJP 2007, 237.

(80) BGHZ 25, 1; BGH NJW 1989, 1920; Bischoff, 237; Gerhardt, Der Befreiungsanspruch, zugleich ein Beitrag zum arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruch, 1966, 9f; Görmer, 8; Olaf Muthorst, Der Anspruch auf Befreiung von der Eventualverbindlichkeit, AcP 209 (2009), 214; Brigit Wilhelm, Der Befreiungsanspruch, FuR 2000, 353; Staudinger/Bittner, BGB, Neubearbeitung 2009, § 257 Rdnr. 7; Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. 1, Teilband 1, 8. Aufl. 1955, § 13 III 2.

(81) Görmer, 9f; Wilhelm, 353; Bischoff, 238.

(82) Wilhelm, 353.

(83) Görmer, 9f.

その一方で、免責債権者が第三債務を履行していない限り、免責債権者の積極財産に損失が生じていないので、免責請求権は基本的には金銭支払請求権⁽⁸⁵⁾には移行しない。ただし、特別の契約上の合意、法律上の規定⁽⁸⁶⁾（BGB 250条第2文参照）または破産手続きに基づいてのみ、例外的に免責請求権は免責債権者の弁済前に支払請求権へと変更されうる。後者について⁽⁸⁷⁾は、通説的見解に従えば、免責債権者の財産に関する破産手続きが開始された場合に、破産債権者の平等の観点から、免責請求権は支払請求権へと転換されることになる。

b 金銭債権への転換を認める見解

以上に対して、免責請求権の事前の金銭支払請求権への転換を原則的に認めようとする見解も存在する⁽⁸⁸⁾。そもそも免責債務者が免責債権者に対して支払請求権を有する場合に、免責債権者がこれに対して自身の有する免責請求権をもって相殺に供することが可能か否かが問題とされ、上記の通説的見解は免責請求権を金銭債権とみることができないことを理由に相殺を否定する。これに対して、相殺を肯定する見解は、この場合に相殺を認める前提として、相殺否定説に立てば、免責債権者がまずは免責債務者に

(84) MünchKomm/Krüger, BGB, Bd. 2, 5. Aufl. 2007, § 257 Rdnr. 5; Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 8.

(85) 渡邊・前提注(12)法と政治161頁。

(86) BGB 250条【期間の指定に基づく金銭賠償】 債権者は、賠償義務者に対し、原状回復のために相当の期間を指定して、その期間経過後は原状回復を拒絶する旨の意思表示をすることができる。適時の原状回復がない場合、債権者は、その期間経過後において、金銭賠償を請求することができる。この場合においては、原状回復を請求することができない。

(87) Gerhard, S. 110; Bischoff, 247; Staudinger/Bittner, § 257 Rdnr. 15; MünchKomm/Krüger, § 257 Rdnr. 10.

(88) Scheuerle, JZ 1958, 27; Trinkl, NJW 1968, 1077f.

対する支払債務を履行したにもかかわらず、免責債務者が支払能力に欠けるに至ったとすると免責請求権をもはや履行させられなくなるが、この様な結論は実質的に不当であるという。これに加えて、経済的な視点からすると免責請求権を特別の支払請求権と評価できるとして、両請求権に同質性を認めることが可能であるとする。つまり、弁済以外の免責債務者による免責方法は単に理論上の可能性があるにすぎず、債権者への主債務者の弁済以外の方法は実際には第三債権者または第四の者の承諾に左右されるという特性がある。そのため、免責債務者がそのような承諾を得ることができず、結局は免責債務者が第三債権者に支払いをなすことが通常である。したがって、経済的にみれば免責請求権の内容は支払請求とみなしうる、と主張する。

c まとめ

以上の対立点について、通説である相殺否定説から肯定説に対して次のような反論⁽⁸⁹⁾が出されている。たしかに肯定説が指摘するように、弁済以外の免責方法が第三債権者または第四の者の承諾を前提としており、その結果、しばしば第三債権者への弁済という方法のみが残されるとしても、そのような承諾を得る可能性がまったく存在していないわけではない。実際に判例の中にも免除契約⁽⁹⁰⁾についての先例が認められる。そのため、免責方法として第三債権者に弁済がなされる場合が多いということをもって、免責請求権の特別の法的性質自体を完全に変更することはできず、免責請求権を支払請求権とみなすことはできない、というものである。また、免責債務者が無資力に陥る危険性に対しては、免責債権者が第三債権者に対し

(89) Bischoff, 244f.; Görmer, 11.

(90) RGZ 102, 52.

て債務を自分自身で履行し、免責請求権を支払請求権に変えることで反対債権との相殺の可能性が認められるので、免責債権者には免責債務者無資力の危険を回避する手段が存在しているとも指摘されている。⁽⁹¹⁾このような反論が一般に受け入れられているとみられ、次の受託保証の免責請求権の場面での判例と相まって、現在は事前の金銭債権への転換を原則として肯定する見解はみられない。

(2) 受託保証の場面における議論

a 肯定説

それでは、受託保証人の免責請求権が事前に金銭支払請求権に転換するか否かについて、初期のドイツ帝国大審院（以下、RG と称する）の判決⁽⁹²⁾の中には、第三債権者による請求が確実に予想されうる場合に限って、例外的に免責債権者が自身への支払いを請求することを認めたものがあった。しかし、その後の RG の判決は、⁽⁹³⁾保証人は主債務者に担保を提供しなければならないと要件を厳格化した。さらに、後に詳しくみるように、BGH 判例⁽⁹⁴⁾はこのような場合でも、免責請求権を支払請求権とはもはや扱っていない。

学説においては、RG 判決の影響もあって、免責請求権の支払請求権への転換に賛成するものがある。⁽⁹⁵⁾たとえば、肯定の理由として次のように主張する。⁽⁹⁶⁾債権者による保証人への請求権行使が間近に、そして保証人にと

(91) Bischoff, 245.

(92) RGZ 78, 26, 34.

(93) RGZ 143, 192, 194.

(94) BGH, NJW 1999, 1182.

(95) Vgl. Soergel/Pecher, § 775 Rdnr. 18; Staudinger/Horn, § 775 Rdnr. 4; Ernst Kretschmer, NJW 1962, 141f.; Geißler, JuS 1988, 455ff.

(96) Soergel/Pecher, § 775 Rdnr. 18.

って不可避免的に迫っている場合には、契約で根拠付けられた免責の利益が簡易かつ直ちに支払いに向けられた賠償請求権 (Erstattungsanspruch) へと具体化する。委任に応じた債務負担はすでに、主債務者が委任者として負担しなければならない費用だといえる。債務者との関係において、保証人は自己の資金をもって債権者に給付すべき義務を負わされているわけではない。このことから、保証人への差し迫った請求の危険によって、主債務者はすでに契約違反として責任を負うとみるべきことが重要である。その際、少なくとも保証請求権の履行期到来および保証人に請求するという債権者の認識可能な意図が必要である。保証人につき執行されることになる出費 (Aufwand) は、保証の委任内容に依拠していない。このような費用に関する危険は、BGB 669条の基本的な規律に依拠して主債務者に割り当てられるべきであって、主債務者が自身で債権者に給付するという方法で、主債務者がその危険を免れることになる。このようなことからすると、保証人は、自身が調達すべき費用の賠償を事前に請求できるといえる。また、それに代えて、保証人は債権者に給付するように主債務者を訴えることもできる。そして、保証人をその他の方法で免責することも、常に債務者の自由に任される。結局のところ、いわゆる債務免責請求の具体化は、受託保証人の権利のために担保提供と区別された給付請求権および時期を早めた費用賠償を導くことになる、というものである。

b 否定説

一方で、次に詳しく検討する BGH 判決がこの問題を否定したこともあって、支払請求権への転換を否定する見解がみられる。⁽⁹⁷⁾ そもそも受託保証

(97) MünchKomm/Habersack, § 775 Rdnr. 11; Schulze/Dörner/Ebert, § 775 Rdnr. 3; Soergel/Mühl, BGB, 11. Aufl., § 775 Rdnr. 1; Erman/Herrmann, BGB, 11. Aufl., 2004, § 775 Rdnr. 2, 4; NomosKomm/Staudinger, § 775 Rdnr.

の場面でも、上述のように、一般免責請求権と同じく保証人を免責させる方法は債務者に委ねられている。この債務者の選択権を考慮して、保証人の訴えは保証債務からの免責を公的に申し立てることによってのみ提起されうると一般に理解されている。そして金銭の支払請求については、BGB 774条1項の要件の下でのみ事後求償権として保証人が取得すると理解されることになる。このことは、775条1項4号にみられるように、たとえ主債務者の支払不能が確実となり、かつ保証人が債権者からすでに請求されている場合であっても、保証人は債権者に給付をなす前には、自身に向けても債権者に向けても、金銭の支払いを請求することはできないとされる。

c まとめ

以上のように、受託保証人の免責請求権の金銭支払請求権への転換について、かつてのRG時代の判決は限定的にこれを肯定するものがあった。また、学説においてもこれを肯定する見解が有力に主張されていた。しかし、次にみる近時のBGH判例がこれを明確に否定したうえ、現在ではこのBGH判例に追隨する見解が増えており、今後は学説においても否定説が通説化する可能性が高い。そこで、この金銭債権への転換問題の現状を精確に把握するためには、BGH判決の内容を検討する必要がある。これについて、次に詳しく紹介する。

なお、保証の場面では主債務者（免責債務者）が債権者に対して主債務を負っているため、通常は免責債務者が債権者に債務を負わない一般免責請求権の場面とは異なる考慮が必要になる。たとえば、免責債務者による債権者へのいわゆる代弁済は、保証の場面では自己の主債務の弁済とみる

3; Bamberger/Roth/Rohe, § 775 Rdnr. 10; Palandt/Sprau, § 775 Rdnr. 1.

ことも可能である。そのため、保証人が保証債務を代位弁済した場合には、先にみた一般免責請求権の議論では損害賠償または事務管理・不当利得が問題となるのとは異なって、事後求償権（BGB 774条 1 項）が問題となる。

(3) 近時の BGH 判決⁽⁹⁸⁾

a BGH 判決の紹介

【BGH 判決 1】 BGHZ 140, 272, NJW 1999, 1182 (1999, 1, 14)

＜事案の概要＞ B社がA銀行から、①1991年6月7日に74万DM、②同年12月20日に31万DMの融資を得た。その際に、Y（被告）が保証人となった。その一方で、1992年7月2日、B社の有する工場を譲渡して得た売却代金190万DMが、契約条項に従って、保証人Yの口座に振り込まれた。その後、③1993年1月11日に、さらにB社はA銀行から74万DMの融資を得て、Yが保証人となった。その際に、A銀行からの通知書面によって、Yは①債務への保証から解放されている。その後、1993年4月29日付でA銀行はYに保証債務の支払いを請求した。B社の財産に対する共同執行の申立ての後、同年5月14日、Yは③の保証に基づいてA銀行に70万余DMを支払った。それから、同年5月24日、B社の財産状態が悪化したことによって受託保管（Sequestration）が命じられ、Xが管財人（Verwalter）となった。さらに同年6月10日、Yは②の保証に基づいてA銀行に25万余DMを支払った。同年7月9日にB社の財産に関する共同執行が開始された。保証人YはA銀行に合計95万余DMを支払ったことになる。このような状況において、Xは、Yが一人で受領した工場の売却代金（190万DM）の支払いをYに求めた。これに対してYが91万余DM

(98) 各事案の争点は多岐にわたるため、本稿との関連に焦点を絞って事実関係を簡略化する。

の分割金を支払ったうえ、残額98万余 DM に対して、保証権限に基づく求償権および保証費用の請求権をもって相殺を主張した。そこで、Xは残額の支払いを求めて訴えを提起した。

地裁は25万余 DM に利息を付した金額で訴えを認めた。これに対して両当事者ともに控訴を申し立てたところ、控訴審は双方の控訴を棄却した。そのため、両当事者は BGH に上告した。説

<判旨> それぞれの上告は一部認められたが、Yの上告における相殺の主張は認められなかった。その際に、Yによる受託保証人の免責請求権と工場の売却代金返還請求権との相殺について、次のように詳細に判示された。

かりにYが要件を満たしてB社に対する免責請求権を有しているとしても、この免責請求権は支払請求権に対して相殺に供されるものではない。なぜなら、両請求権には同質性がないからである。もっとも RG は、主債務者の支払不能および保証人への請求が確定していた場合には、免責請求権はすでに支払請求権へと変更されていたと考えていた (RGZ 78巻26頁引用)。後にこの見解は限定され、債権者による保証人への単なる催告では足りず、保証人が担保を提供することで、実際に主債務者に代わる保証人の給付が実際に行われることに疑いの余地のない場合でなければならない、とされた (RGZ 143巻192頁引用)。BGH はこれまでこの問題を扱ってこなかったが、その他の場面での免責請求権との関係では、一般的には、支払請求権に対する免責請求権による相殺を認めてこなかった (BGHZ 12巻136頁, BGHZ 25巻1頁, BGHZ 47巻157頁, BGH, NJW 1983年2438頁ほか引用)。また、金銭の借主に対する第三担保提供者の免責請求権の場合にも同様である (BGH, ZEV 1999年69頁引用)。そのため、受託保証人の免責請求権のために例外を作ることはできない。つまり、保証人は主

債務者の財産状況の悪化につき自己の請求をもって予測しておくべき立場にあり、他の第三担保提供者よりも保証人を優遇すべきことを正当化できる特殊性はみいだせないという。

さらに、保証人の利益状況からして、代位弁済前には代位弁済後と同じ状況には立っておらず、保証人は代位弁済によって得た事後求償権（BGB 774条）によって相殺すべきである。債権者が保証人の給付を実際に受領していない限り、保証人に支払能力があるというだけでは、給付が保証人によって現に行われるという保障にはまだなっていない。そのため、主債務者には二重弁済の危険が生じることになる。他方で、BGB 775条1項4号は債権者が保証人に対してすでに執行可能な履行判決を獲得していた場合に免責請求権の発生を規定することから、法的にはこの場合であっても支払請求への「転換」のための要件として十分とは評価していない。また、BGB 775条がBGB 669条を除外するため、受託保証人は主債務者に対して費用前払請求権も有しない。結局のところ、免責請求権の支払請求権への事前の「転換」に賛成できないのは、債務者がどのように保証人を免責しようとするかの選択権を有するからである。たとえば、主債務者が支払能力を有せず、債権者に向けて支払えなくとも、他の担保の設定によって債権者に保証を放棄させる可能性がある。このような債務者の選択権を奪うことは妥当ではない、と判示する。

【BGH 判決2】 BGH NJW 2000, 1643 (2000, 3, 16)

＜事案の概要＞ 1994年3月21日に、X（原告）は、その当時に親しくしていたY夫婦（被告）がA銀行から4万DMの融資を受けるにあたって、A銀行に対して連帯保証を引き受けた。さらに、XはYにお金を貸し付けた。その後、YがA銀行への貸金債権を履行しなかったため、A銀行は、4万DMに利息を加えた支払いについて、保証債務を根拠として連
42(417) 法と政治 62巻1号I (2011年4月)

帯保証人であるXを訴えた。他方、Xの側としても、A銀行がXに請求するいかなる金銭（Beiträge）であっても、主債務者であるYがA銀行にその金銭を支払うように請求した。また予備的に、Xは免責（Freistellung）を請求した。そのうえXは、保証によってさらに生じた損害およびなおも生じうる損害のどのようなものであっても、YがXに賠償すべき義務を負わされていることを確認するように申し立てた。結局のところ、Xは、貸金を返済するよう要求して、消極的確認の訴えを提起した。

地裁はXの訴えをすべて棄却した。控訴審は、Xの訴えを大幅に認めた。これに対してYは上告した。

＜判旨＞ BGHは銀行への4万DMの支払いおよび賠償義務の確認についての判決が問題となる範囲でのみ上告を認めた。そして当該範囲で破棄・差戻しとなった。つまり、保証引受けの法的根拠に争いがある場合には、保証債務からの免責を主債務者に請求する保証人が、保証に関して自身に受託者の権利が存在することを証明しなければならないこと、および債権者が保証人にすでに請求した場合であっても、免責請求権は債権者への支払いには向けられないことを判示した。

その際、とりわけ免責請求権の支払請求権への転換については、先の【判決1】を引用して次のように述べる。BGB 775条の免責請求権において、基本的には、保証人を免責する方法について債務者が選択権を有している。つまり、債務者は債権者に弁済できるし、たとえば別の担保を立てることで債権者に保証について放棄させることもできる。また、保証人が求償権を行使できる場合に、はじめて保証人は支払請求権を有することになる。そのため、保証人は「債権者を満足させた限りで」BGB 774条に従った権利を認められる。債権者がすでに保証人に対して執行力のある判決を得ていた場合でさえ、免責請求権がそれによってのみ基礎付けられる

(BGB 775条1項4号)。それゆえ、このような事情は、支払請求権への転換のための要件としては十分ではない。これらの理由から、BGHは免責請求権の支払請求権への転換に反対の判示をなした（上記【判決1】引用）。この判決は、保証人の自己への支払いに関する請求権と関連するものであるが、本件事例でも同様であるとする。

b 判例の分析と検討

以上のようにBGH判例は、保証人による代位弁済前に免責請求権から金銭支払請求権への転換を明確に否定する。その根拠は、とりわけ【判決1】から理解されるように、次の点にまとめられる。まず、(1)保証人の利益状況として、代位弁済前の段階で保証人に相殺権を認める必要がないことである。つまり、免責請求権と金銭債権との相殺が同質性の欠如によって否定されることを前提としつつ、保証人は代位弁済によって得た事後求償権（BGB 774条）によって相殺すれば足りると考えている。次に、(2)主債務者の利益状況として、二重弁済の危険性を考慮すべき必要があることである。つまり、債権者が保証人の給付を実際に受領していない限り、主債務者は債権者から請求される可能性があるため、主債務者には二重弁済の危険が生じることを指摘している。そして、(3)受託保証の場面における費用前払請求権の排除が指摘される。つまり、受任者である受託保証人は委任者である主債務者に対して本来は委任に基づく費用前払請求権を有しうるところ、受託保証の場面ではBGB 775条によって主債務者無資力の危険の高まった一定の場合に免責請求権の成立が限定されることから、BGB 669条も除外されると理解されている。このように、金銭請求権である費用償還請求権が排除されることから、とりわけ受託保証の場面では金銭請求権の発生ないし転換も認められ難いとの解釈につながっているといえる。他方で、(4) BGB 775条1項4号の執行可能な履行判決を獲得した

44(415) 法と政治 62巻1号I (2011年4月)

場合であっても免責請求権が発生するという法的評価の点も根拠として挙げられる。つまり、執行可能な判決を得た場合でも法が求償権ではなく免責請求権を予定したということは、ましてや主債務者の無資力の危険が高まったにすぎない場合においても、金銭請求権ではなく免責請求権のみを認めるべきことが法的評価として妥当だということである。最後に、とりわけ強調されているのが、(5)債務者の選択権を奪うことは妥当ではないことである。つまり、主債務者が支払能力を有せず、債権者に金銭を支払えなくとも、たとえば他の担保の設定によって債権者に保証を放棄させる等の可能性があるということである。以上について、(1)と(2)は当事者の価値判断に重点を置いており、さらに(3)から(5)については法的評価の点に重点を置いた論拠であるといえよう。

さらに、その後の判決例 (BGHZ 161, NJW 2005, 884) も、【判決 1】を引用して、事後求償権で相殺すれば足りると指摘して、免責請求権の金銭債権への転換を否定している。以上から、【判決 1】の判断が後の BGH 判決に引き継がれており、ドイツでは事前請求の否定説が判例として定着したと評価できる。

4 小括

本章では、ドイツでの受託保証人の事前保護制度の枠組みを検討してきた。そこから理解できることは、まず条文規定として BGB 775 条で免責請求アプローチが所与のものとされていて、事前請求アプローチは費用前払請求権と位置付けられたうえで原則として排除されているということである。そして、本稿の目的との関係でいえば、とりわけ免責請求権の金銭支払請求権への事前の転換問題から理解されるように、ドイツでは免責請求アプローチへの原点回帰の動きが顕著であると指摘できる。これは一般免責請求権論の大枠の中に受託保証人の免責請求権を各論的に位置付ける

ことによって、次のようにまとめられる。

そもそも、ローマ時代の免責請求権の原型となる考え方を基に、ドイツでは委任の免責請求権を基礎にして各種の免責請求権への展開が条文構造上で構築され、学説上も免責請求権の判断枠組みの一般化が進んだ。その中であって、各論場面の一つである受託保証人の免責請求権も基本的には一般免責請求権の枠組みの中で統一的に解釈されていることが分かる。もっとも、保証の場面では主債務者も本来の債務を負担しており、とりわけ保証人の保護が必要となるため、このような保証の特殊性が必要に応じて考慮されているといえる。後半で詳しく検討した転換論にも、保証の例外的考慮が表れていた。たとえば、RG 時代の初期の裁判例においては、債権者が保証人に請求したか、または債権者への担保提供があった場合に限定されるとはいえ、金銭支払請求権への事前の転換が例外的に認められていた。そして学説においても、これに賛同する見解（限定肯定説）が有力に主張されていた。その一方で、一般免責請求権に関するかつての学説においても、とりわけ相殺の必要性と免責債務者の選択権の非効率性を理由として、事前の転換を原則として認めるべきことが一部の学説で主張されていた。しかし、一般免責請求権論での通説は、事前の転換を原則として認めていない。近時は、このような一般免責請求権論の通説と軌を一にしつつ、受託保証の場面でも、BGH 判例によって事前の転換が明確に否定され、学説もこれに賛同する動きがみられるところである。

このようなドイツの議論の流れからは、保証人を含めて、他者に起因して第三債務を負担させられた第三債務者について、その者を第三債務から解放させる義務を原因者に負わせる際には、その免責手法として、いったんは事前請求アプローチが意識的に議論されたものの、結局は免責請求アプローチが最適であるとの評価に戻りつつあると判断できる。このような流れはドイツの条文構造およびその背後にあるローマ法時代の理解に立ち

返るものであり、免責請求アプローチという原点への回帰傾向と評価できよう。さらにこのことは、國井説によって明らかにされたフランスにおける受託保証人の免責請求アプローチとも一致する流れであることから、ヨーロッパ大陸法では免責請求アプローチが主流であるといえよう。

それではドイツにおいて免責請求アプローチが確固たるものであるとして、事前請求アプローチはどのように処遇されているのであろうか。これについて、本章でまとめたドイツ法の判断枠組み、とりわけ転換論の検討から得られた両アプローチの対立構造を明確化することによって、そこから得られる日本法への示唆を次章で検討したい。そして、そこで得られた結論をもって、日本法における解釈論へと架橋する。

第4章 検 討

本章では、ドイツ法の検討結果を素材として、免責請求アプローチと事前請求アプローチの枠組みをまとめたうえ、その妥当性を検討する。そして、本章の後半では、日本での解釈論を展開する。

1 事前請求アプローチと免責請求アプローチ

(1) 〔制限的〕事前請求アプローチ

ドイツにおける事前請求アプローチの妥当性根拠について、まずは一般免責請求権論においては、相殺の必要性和免責債務者の選択権の非効率性が一部に指摘されていた。この見解は、受託保証の場面に限らず、かつ限定された要件を課すことなく、事前請求アプローチの一般化を図るものと捉えられる。ただし、先述の通り、現在においてこの見解を採用する学説は見当たらず、その後の学説に受け入れられているとはいえない。

他方で、受託保証の場面での「転換」肯定説の論拠は、保証の場面の特殊性を加味しながら、次のように主張されていた。まず①保証委託に基づ

く債務負担を主債務者の委任者として負担すべき費用とみることを前提とする。そして、②受託保証人は、主債務者との関係では、保証委託の内容として債権者への給付義務までは負わされていないとみて、保証人への差し迫った請求の危険性をもって主債務者による契約違反とみる。③保証委託の内容に応じない費用に関する危険は、委任法理に従って主債務者に割り当てられるべきであり、本来的に主債務者が自身で債権者に給付すべきであるとする。そしてこの①から③を前提とすると、④保証人は、委任法理に従って自身が調達すべき費用の賠償を主債務者に事前に請求できるとの結論が導かれる。ただし、⑤保証請求権の履行期到来および保証人に請求するという債権者の認識可能な意図が要件として必要である、とする。他方で、⑥この事前請求が免責請求を排除するとみる見解がある一方で、この事前請求に代えて免責請求権の行使も認め、免責方法に関する選択権が債務者に留められるとみる見解がある。

以上について、先の一般免責請求権における論拠と併せ考えるときには、選択権の非効率性は、⑥の事前請求による免責請求の排除につながる。ただしこれは保証人保護の視点が強調された結果とみることも可能であろう。その一方で、⑥において事前請求と免責請求との並置によって解決を図る可能性もある（競合アプローチ）。また、相殺の必要性は受託保証の場面でも同じく問題となるうえ、相殺を認めるための方策として転換問題が論じられてきたことから考えれば、⑦として論拠の一つに加える必要がある。他方で、とりわけ②と③は保証の場面の特殊性が考慮されており、これが④の事前請求アプローチを認める結論に影響していることに注意が必要であろう。その際、さらに保証の特殊性が、⑤の要件に表れているように、事前請求アプローチを大きく制限しているとみうる。以上のようにみれば、事前請求アプローチの一般化は学説において主として否定されていることに対して、受託保証の場面では、その特殊性の考慮から限定的とはいえ肯
48(411) 法と政治 62巻1号I (2011年4月)

定説も有力に主張されているとみることが可能であろう。ただし、いずれにしても、受託保証におけるドイツの事前請求アプローチは「制限的」である点が強調されるべきである。

(2) 免責請求アプローチ

一方で、そもそも一般免責請求権論においては、事前の「転換」が原則として認められていない。これは、条文構造上、免責請求アプローチが採用されているに加えて、事後求償権で相殺を認めれば保証人の保護に足りること、および債務者に選択権を認める意義があることが論拠として挙げられる。そのため、ある意味で純粋な免責請求アプローチが堅持されており、ドイツ法はその雛形を提示しているといえよう。

そして、受託保証の場面での免責請求アプローチについては、とりわけ近時の BGH 判決が「転換」を否定した。その際の論拠として挙げられた、次の5つの視点が重要となる。先にまとめたように、(1)保証人の利益状況として、代位弁済前の段階で保証人に相殺権を認める必要がないこと、(2)主債務者の利益状況として、二重弁済の危険性を考慮すべき必要があること、(3)受託保証の場面では費用前払請求権が排除されるべきこと、(4)BGB 775条1項4号の執行可能な履行判決を獲得した場合であっても免責請求権が発生するという法的評価の点、(5)債務者の選択権を奪うことは妥当ではないことである。

以上について、先の一般免責請求権論と併せ考えるときには、まず相殺については(1)で同様に考慮され、選択権の意義についても(5)に反映されている。他方、条文構造上の問題は受託保証の場面でも(3)および(4)において考慮されている。もっとも、その際に保証の場面の特殊性も考慮されている。さらに、(2)の二重弁済の危険性については、主債務者も債務を負うことから生じる保証に特殊の事情とみることができよう。このようにみれば、

免責請求アプローチは受託保証の場面の特殊性を成立要件面で考慮しつつも、その成立後については基本的には他の免責請求権と同様の考慮がなされていると捉えられる。

2 両アプローチの分析・検討

以上の両アプローチの論拠を対比的に整理すると、もっぱらドイツ民法が免責請求アプローチを採用したという法形式面に関連する問題と当事者の利益を考慮した実質面に関連する論拠とに分類できる。そこで、以下ではそれぞれの論拠についてみて行きたい。

(1) 法形式面

a 委任の費用前払請求権との関係

一般的に受託保証の免責請求権においては、先にまとめたように、BGB 775条の規定が委任の費用前払請求権の規定をも排除するとみている。このように理解するならば、免責請求アプローチの論拠(3)に挙げられているように、かりに保証人の代位弁済に要する金額を費用とみうるとして、そのような費用の前払いを請求する権利が事前請求権であると考えれば、事前請求権は保証の場面では排除されるべき権利と解されることになる。そのため、このような費用規定の一般的な捉え方は、事前請求アプローチにとって不利な要素となる。しかし、先の事前請求アプローチの論拠①および③のように、受託保証の場面でも委託内容との関連で費用前払請求権が排除されないとみうるため、事前請求アプローチを採用する可能性も生じうる。結局は、否定説の論拠はドイツ民法が免責請求アプローチを採用したから事前請求権は排除するというに等しく、この点は両アプローチの優位性にとって決め手にはならないといえよう。

ところで、日本法は免責請求アプローチを採用しておらず、そのため受
50(409) 法と政治 62巻1号I (2011年4月)

託保証人の免責請求権を一般免責請求権の制限とみる発想はもちろん存在しない。ただし、これから日本に免責請求アプローチの導入を議論するのであれば、このような一般論を踏まえた各論的展開という発想が参考になるだろう。これに対して、日本の従来の通説的見解は、保証人の事前求償権を委任の費用前払請求権（いわば一般事前請求権）とみて、その費用前払請求権が保証の場面で制限されたものとみている。つまり、ドイツのように費用前払請求権が排除されるとはみていない。そのため、日本における一般的見解に従えば、当然ながら、費用規定の捉え方は事前請求アプローチの不利な要素とはいえないことになる。ただし、事前求償権規定の存在が一般免責請求権規定（日本では委任の代弁済請求権）を排除するとは意識されていないことから、免責請求アプローチに不利ともいえない状況である。さらに通説の見方に対して、第1章でも触れたように、保証人の代位弁済金額を委任にいう費用とはみなせないという見解が近時は有力になりつつあるため、結局は日本法との関連でも両アプローチの優位性によって決め手となる議論ではないといえよう。そのため、後の実質面の考慮が重要となる。

b BGB 775条1項4号の法形式

免責請求アプローチの論拠④では、債権者が執行可能な履行判決を獲得した具体的な危険のある場合であっても、BGB 775条1項4号が事前請求ではなく免責請求を規定したという法的評価の点からすると、代位弁済の危険が抽象的なレベルに留まるその他の場合（とりわけ3号による主債務遅滞の場合）にはなおさら事前請求権は成立しないと指摘されている。この点については、ドイツにおける事前請求アプローチからは直接の反論は見当たらず、免責請求アプローチに優位性があるように思われる。ただし、事前請求アプローチの論拠⑤の要件のように、事前請求権を認める見解に

あっても制限的な要件の下で例外的に認められるにすぎず、ごく限られた場面で金銭債権への転換が認められるにすぎない。このように保証人の要保護性の高い場面に限られるため、免責という法形式に反することもやむをえないと考えられているようである。結局のところ、これも免責請求アプローチを採用したドイツ民法の法形式を重視すべきか否かの問題であるため、後にみる実質面の検討が重要となるだろう。

他方で、とりわけ日本法との関係では、わが国が免責請求アプローチを採用しないため、ドイツの法形式が免責請求アプローチを採用しているという点はさして問題にはならない。やはり重要なのは、代位弁済の危険性が具体的に発生する場面、さらには抽象的な段階に留まる場面において、保証人を解放するためにいかなる手法が適するのかを実質的に考慮することにある。

c 金銭支払請求権への「転換」という法律構成

ドイツのいずれの見解においても、そもそもの前提として条文の上で免責請求アプローチが所与のものとされていることから、あくまで免責請求権が主であり、事前請求権への「転換」は副次的な問題とされてきた。具体的にいえば、先にみた一般免責請求権論においては、免責債権者が第三債務を実際に履行するまでは、免責債権者と免責債務者間の利害調整のための権利として免責請求権が法によって予定されており、そのため金銭支払請求権は基本的には存在しないとみる。そして、免責請求権の金銭支払請求権への「転換」という問題について、免責債権者による第三債務の履行があって、はじめて免責請求権についての債務不履行による損害賠償または費用償還ないし不当利得として金銭支払請求権への転換（ないし発生）が問題となると捉えられている。そのため、免責債権者には第三債務の履行前には具体的な損害ないし費用等が生じておらず、基本的には金銭

支払請求権は発生しないと考えられることになる。これは受託保証の場面でも基本的には同様に解されており、免責債権者である受託保証人による保証債務の履行より前には原則として金銭支払請求権は生じないとする。ただし、受託保証人が保証債務を履行すれば、保証の場面の特殊性から、BGB 774条によって事後求償権が金銭債権として発生するとみられている。以上から、受託保証人の免責請求権も保証人による代位弁済前には金銭支払請求権への「転換」は基本的には問題にならないと一般に理解されているといえる。

このように、ドイツでは主となる免責請求権を重視する法律構成が自然の流れであり、事前請求アプローチにあってもあくまで事前の「転換」は例外にすぎない。そこで、いずれにせよ免責請求アプローチに優位性が認められることになる。ただし、事前請求アプローチの論拠⑥にみられるように、事前請求権を認める見解の中にも、後にみる選択権との関連で免責請求権を並列的に認めようとするものがある点には注意が必要である。この並立構成は日本の法律にとっても参考となるように思われる。日本では、ドイツとは逆に「事前求償権」という構成が法律で採用されているため、免責請求アプローチは法形式上で取りえないと一般に考えられている。しかし、両アプローチを並立させるという視点は、日本においても成立可能のように思われる。この点の詳細は後述したい。

他方で、事後求償権との関係については、ドイツでは免責請求権と事後求償権とはそもそも目的も手段も異なる別個の権利だと捉えられている。しかし、ここでみた転換論を前提として、免責請求権が損害賠償に転じたものをもって事後求償権とみるならば、両者を同じ権利とみる余地が生じることになる。その一方で、「転換」ではなく、委任ないし事務管理の費用償還請求権として金銭債権が「発生」とみる見解があるほか、BGB 774条による原債権の法定移転をもって事後求償権とみる見解もある。そ

のため、ドイツの転換論からは事後求償権との関係は一概には明らかとならないといえよう。

d 法形式面のまとめ

以上の検討から明らかとなるように、ドイツでは規定上で免責請求アプローチが採用されたことから、法形式面の問題としては免責請求アプローチに確固とした優位性が認められる。そのため、事前請求アプローチを採用する見解にあっても、あくまで限定された要件下での例外的な扱いに終始していると指摘できる。ただし、そのように例外的な場面であるとはいえ、保証委託の内容と当事者の利害状況を考慮することで、免責請求アプローチを採用する法形式面に対する一定の克服が目指されている。そのため、両アプローチの内容を比較するためには、次の実質面の考慮が重要となる。

これに対して、わが国では免責請求アプローチを採用しないので、このような法形式面での縛りに拘束される必要はない。そのため、やはり重要となるのは、次の実質面での考慮内容ということになるだろう。

(2) 実質面

a 保証委託の内容

先にみた BGH 判決においては、保証委託の内容については取り立てて触れられていなかった。ただし、一般的には、主債務者との関係では、保証人の立場で給付することを保証人の義務内容とはみておらず、むしろ保証人の義務はもっぱら他人の債務を担保するという点に存在するとされ⁽⁹⁹⁾る。このように保証委託の内容を担保ないし信用の供与とみるならば、主

(99) MünchKomm/Habersack, § 775 Rdnr. 1; Soergel/Pecher, § 775 Rdnr. 2.

債務の弁済期が到来して遅滞に陥る等同条各号要件の場合は保証人による信用供与という契約目的が終了したとみうる場合であるため、保証人は保証債務を負う立場からの解放を主債務者に請求できることになる。そのための手法として、まさに法が予定するように免責請求アプローチが本来の目的に適合すると考えられている。その意味では、免責請求アプローチに優位性が認められよう。

これに対して、事前請求アプローチにおいては、受託保証人が主債務者から金銭を受領しても、それだけで保証債務から解放されるわけではなく、その後に代位弁済をしなければ解放目的は実現されない。そのため、やはり保証委託契約の解放目的には免責請求アプローチが資すると考えることが素直な捉え方となっている。ただし、〔制限的〕事前請求アプローチからも、その論拠②にみられるように、受託保証人は、主債務者との関係では、保証委託の内容として債権者への給付義務までは負わされていないことを前提に、保証人への差し迫った請求の危険性をもって主債務者による委託契約の違反として委任費用賠償が認められると考えている。この見解にあっても、保証委託の目的は、上記の通り、保証人の立場での給付ではなく、担保ないし信用の供与に求められているため、事前請求アプローチの考え方が直ちに信用供与目的に反するというわけではないと捉えられる。

以上の理解からすると、まずは保証委託内容を信用供与と理解するならば、免責請求アプローチに優位性が認められるという点が確認できる。しかし、同様の理解の下で事前請求アプローチからも説明が可能である。そのため、保証委託内容を代位弁済ではなく信用供与とみても、両アプローチに対する決定的な決め手にはならないと考えられる。

(100) 渡邊・前掲注 (12) 法と政治133～136頁, 156頁。

b 相殺の対象性

ドイツの支配的な見解によれば、免責請求権と金銭支払請求権には同質性がないことから相殺が認められ⁽¹⁰⁰⁾ない。これを前提として、とりわけ主債務者の無資力の危険を考慮して保証人を保護するために、免責請求権から相殺が可能な事前請求権への転換が問題とされてきた。この保証人の保護という実質面を強調すれば、事前請求アプローチの論拠⑦にみる通り、事前請求アプローチに優位性が認められることになる。これに対して、免責請求アプローチの立場からは、論拠(1)にみられるように、保証人の代位弁済によって生じる事後求償権で相殺が可能であるとして、事前請求権への転換を法形式に反してまでことさらに認めるべき必要はないと考えられている。しかし、とりわけ個人保証の場合には保証人が代位弁済の資金を得るためにそれなりの時間と労力が必要であるため、事後求償権による相殺の可能性をもって事前請求権を一切否定する根拠とみるのは十分ではない。そのため、免責請求アプローチの反論は妥当とは思われない。

この点、日本の事前求償制度の下では要件を満たせば基本的には相殺が可能とみられており、ここに事前求償権の一つの意義があると指摘されている⁽¹⁰¹⁾。ただし、相殺は反対債権が存在する場面ではしか機能しない⁽¹⁰¹⁾うえ、事前求償権について担保提供等の抗弁を喪失させなければ相殺は認められないと考えられている。そのため、相殺をもって事前求償権の一般的な意義とみるべきではない。その一方で、かりに日本においてドイツのような免責請求アプローチを採用するならば、相殺の対象性に問題が生じうると指摘できよう。

(101) 渡邊・前掲注(5)法政論集412～413頁参照。なお、事前求償権の意義は相殺の点に留まらない(後述)。

c 二重払いの危険性

免責請求アプローチの論拠(2)にみる通り、かりに受託保証人に事前請求権を認めるとするならば、主債務者が保証人に金銭を支払ったとしても、保証人が必ずしも保証債務を履行するとはいい切れないことから、主債務者に二重弁済の危険が生じうる。この主債務者の保護という実質面を強調するときには、免責請求アプローチに優位性があることになる。これについて事前請求アプローチからは表立って反論されていないようである。ただし、先にも触れた通り、金銭支払請求権への「転換」は制限的な要件の下で保証人の要保護性の高い限られた場面で問題となるにすぎないため、このような場合に二重弁済の危険が生じてもやむをえないと考えられているようである。しかし、限られた場面であっても二重弁済の危険が生じるのであれば、主債務者の保護手段を考えるべきである。

この問題について、日本法には事前求償権への対抗措置としての担保提供等が規定されているため（民法461条1項）、ドイツで懸念される二重弁済の危険は基本的には生じない⁽¹⁰²⁾。この点では、日本法の規定構造はドイツでの問題提起に適切な解答を与えうるものと評価できる。

d 主債務者の選択権

免責請求アプローチの論拠(5)にいうように、免責請求権が金銭支払請求権に転換されるとすると、主債務者の免責方法に関する選択権を奪うことになる。一般免責請求権論においては、そもそも免責の基本的な内容として、①第三者である免責債務者による代弁済、②代物弁済、③免責的債務引受け、④供託の合意、⑤相殺契約、⑥免除の合意（または不訴求の合意）

(102) 日本において、この対抗措置はそれなりに機能しているとみられる（渡邊・前掲注（5）法政論集413～414頁参照）。

が一般に指摘されている。⁽¹⁰³⁾そして、免責債務者がこのような方法で主体的に免責方法を選択できることにはほぼ異論はなく、「免責債務者の利益」という視点から把握される免責請求権の実益の一つとみられている。このような一般論と同じく、受託保証の場面でも主債務者の利益を考慮して選択権の意義を重視するならば、免責請求アプローチに優位性が認められることになる。⁽¹⁰⁴⁾

その一方で、先にもみた通り、一般免責請求権論において事前請求アプローチを主張する少数説は、選択権の非実効性を強調していた。⁽¹⁰⁵⁾つまり、債権者への支払い以外の免責債務者による免責方法は単に理論上の可能性があるにすぎず、実際には債権者等の承諾に左右されるという特性がある。そのため、免責債務者がそのような承諾を得ることができずに、結局は免責債務者が第三債権者に支払いをなさざるをえないことが通常である。したがって、経済的にみれば免責請求権の内容は実質的に支払請求とみなしうるため、免責債務者の選択権を重視する必要はないという主張である。この見解は受託保証の場面でも同様に考慮されうる。そのみならず、さらに保証の場面の特殊性としての受託保証人の保護を強調するならば、事前請求アプローチにも優位性があるとみることになる。

ただし、この少数説に対しては、通説から次のような反論が出されている。⁽¹⁰⁶⁾たしかに支払い以外の免責方法は債権者の承諾を前提としており、その結果、しばしば第三債権者への支払いという方法のみが残されることが事実であるとしても、他の免責方法につき承諾を得る可能性がまったく存在しないわけではない。実際に判例の中にも免除契約についての先例が認

(103) 渡邊・前掲注(12)法と政治152頁参照。

(104) 古積・前掲注(4)法学新報44頁参照。

(105) 渡邊・前掲注(12)法と政治134頁参照。

(106) Bischoff, 244f.; Görmer, 11.

められる。そのため、免責方法として第三債権者に支払いがなされる場合が多いということをもって、免責請求権の特別の法的性質を変更することはできず、免責請求権を支払請求権とみなすことはできない、というものである。この反論は妥当であると思われる。なぜなら、保証人の保護はもちろん必要であるが、それを害しない限りでは主債務者の保護も必要となるからである。たしかに免責請求アプローチの非効率性が指摘されてお⁽¹⁰⁸⁾り、保証人保護の視点から事前請求アプローチに転換することも一つの方策ではある。しかし、事前請求が唯一絶対の保証人保護方策というわけでもなく、そのために主債務者の選択権を一切捨て去ることが妥当とも思われない。

この問題に関して、事前請求アプローチの論拠⑥でみたように、主債務者の選択権を排除しない方向も提示されている。そうであるならば、免責請求権と事前請求権との競合アプローチが析出できるかもしれない。ただし、このような競合アプローチは、日独両国においてもこれまで意識的に議論されているとはいいい難い状況である。その理由は、両国の法形式面にあるといえよう。つまり、ドイツにおいては免責請求アプローチが所与のものであるため、解釈上で事前請求権は認め難いこと、また日本においては事前求償権が所与のものであるため、解釈上で免責請求権は認め難いとされていることが議論の出発点に位置しているからである。そのため、日本において競合アプローチを主張するためには、実質面の検討が不可欠なのはもちろんのこと、さらには法解釈面での具体的な検討も必要となる。

e 実質面のまとめ

ドイツでは、法形式面で不利な事前請求アプローチは、主として実質面

(107) RGZ 102, 52.

(108) 福田・前掲注(3)『保証委託の法律関係』39頁参照。

での問題の克服に主眼を置いてきたといえる。まずは事前請求権による相殺の必要性を主張する。つまり、免責請求権が金銭支払請求権と同質性がなく、相殺が否定されることから、免責請求権の金銭支払請求権への「転換」が必要と考えている。これは、とりわけ保証人保護の視点によって事前請求権への転換が強調されるとみうる。これに対して、免責請求アプローチは主として二重払いの危険と選択権の重要性という主債務者の利害を強調している。そのみならず、保証委託の内容につき代位弁済ではなく信用供与とみるならば、信用供与という目的の終了によって保証人の地位からの解放が目指されなければならない、そのための手段として受託保証人が主債務者に保証債務からの免責を主張できるとみるのが素直な解釈とされる。よって本来的には免責請求アプローチが妥当とみられている。

日本の民法では事前求償権につき二重払いへの対抗策が規定されるため、わが国での検討に際しては、保証委託の内容、相殺の必要性、そして選択権の意義が重要となろう。

(3) 両アプローチの検討

以上で分析したように、ドイツでは法の規定形式から免責請求アプローチに確固とした優位性が認められる。その一方で、実質面では両アプローチにそれぞれメリットとデメリットが指摘されており、さらに優劣の付けがたい側面も存在する。それにもかかわらず、近時は限定的な事前請求アプローチですら判例によって明確に否定され、学説もこれに追随するものとみられる。それでは、このようにドイツで免責請求アプローチへの原点回帰の傾向にある理由はどこにあるのだろうか。上述の分析結果を基に、最後にまとめておきたい。

a 保証委託内容と免責請求アプローチ

そもそも BGB 775条 1 項が受託保証人の免責請求権を規定することについて、委任法理において発展してきた（一般）免責請求権規定（BGB 257条）が委託を受けた保証人にも適用されることが前提とされる。ただし、いつでも免責請求が可能となると保証の趣旨が没却されるため、保証の危険が事後的に高まった各号要件の場面に限定して、免責請求権を成立させることにしたということである。このような免責の制限との関連で、保証委託の内容が「信用の供与」に求められると一般に解釈されている⁽¹⁰⁹⁾。つまり、主債務者の財産状態の著しい悪化（1号）、主債務の履行遅滞（3号）等の場合には信用供与の必要がなくなるため保証委託が終了するとみて、保証人が信用供与者としての立場から解放される必要性があることを導く。その保証人の解放のための手法として、事前請求アプローチのように保証人に代位弁済のための金銭を受領させるのではなく、まさに「保証人の立場から免責させる」という免責請求アプローチが適していると考えられている。しかし、以上の流れは、いくらか循環論法に陥っているように思われる。つまり、免責請求権が規定されているから保証委託の内容は信用供与であり、そのための手法として免責請求権が適するとみているからである。すなわち、ドイツでは規定形式から免責請求アプローチが所与のものであるとして議論が出発しているところに問題があるといえよう。

もちろん、そうであるからといって免責請求アプローチが不当であると断じられるわけではない。結局は、免責請求権の本来の意義を踏まえつつ、保証本来の目的と保証人等関係者の利害関係を基礎にした実質面の総合的な考慮が重要になると思われる。そのため、まずは本来の前提である一般

(109) Vgl. MünchKomm/Habersack, § 775 Rdnr. 1.

免責請求権論における免責請求アプローチ自体に立ち返って、他の免責請求の場面との統一的な関係において一般免責請求権の意義を捉え直したうえで、受託保証の特殊性を考慮に入れつつ免責請求アプローチの意義ないし問題点を探る必要がある。

b 一般免責請求権論からみる免責請求アプローチの意義

一般免責請求権論における免責請求権の意義は、前稿で記したように、主として3つにまとめられる⁽¹¹⁰⁾。たしかに、これまでみてきたように、その1つの意義が免責債務者（主債務者）の選択権に求められている。しかし、そもそも免責債権者（保証人）が免責されるという効果の点を見過ごすべきではなく、本来的に保証人を保護するための権利であることが改めて強調されるべきである⁽¹¹¹⁾。つまり、免責債権者（＝受託保証人）は自己の負担する第三債務（＝保証債務）の給付に拘束されることなく自己の財産を自由に処分できること、および免責債務者（＝主債務者）が第三債務（＝保証債務）に関する給付の危険性等を負担することから、免責請求権には免責債権者（＝受託保証人）にとって大きなメリットが認められる。これらの点で、第一次的には免責債権者（＝受託保証人）の保護が強調されることになる。ただし、保証の場面では、一般免責の場面と異なって主債務者も主債務を負っていること、そして保証の本質からくる制限がかかること、つまり主債務者の資力悪化等によって免責の実効性が薄くなった場面が本来的に想定されることに特殊性がある。そのため、免責債権者（＝受託保証人）の得られるメリットが一般免責請求権の場面よりも後退することになる。ただし、そうはいっても、主債務者による免責実現の可能性が見込

(110) 渡邊・前掲注(12) 法と政治184～189頁参照。

(111) 渡邊・前掲注(12) 法と政治185頁参照。

める以上、まったく免責請求アプローチを捨て去るための理由とはなりえないであろう。このように、受託保証の場面では免責請求アプローチにおける保証人保護の視点が見落とされがちであるが、一般免責請求権論の視点からみることによって、本来的には受託保証人の保護に資するものであることが認識される。

このことは、事前請求アプローチにとっても同じことである。つまり、保証の特殊性から主債務者の資力が悪化したと見込まれる場面で成立が問題となる以上は、事前請求アプローチにとっても実効性が薄いといえる。これをもって、冒頭で指摘したような事前求償権が不思議な制度だとみられる一因といえよう。しかし、信用供与という保証委託内容から保証人の事前求償権が制限されることは、ある意味で保証の本質に起因するといえる。そのような中でも、主債務者が多少なりの財産を有している可能性に鑑みれば、保証契約当初は副次的であった保証人の保護の要請が、保証委託の終了によってまさに顕在化する場面であるともいえる。そのため、成立場面が制限されるからといって事前請求アプローチを一切捨て去るべきことにもならない。以上のように、両アプローチはいずれも、信用供与という保証制度の本質との兼ね合いから危険性の高まった場面に限定されるため、その実効性が自ずと低くならざるをえないが、そのような状況においてもなんとか保証人を保護しようという目的に出た制度なのである。そのため、実効性が薄いという点だけを強調しても、保証人の事前保護制度を排除する理由とはなりえないであろう。

それでは次に、主債務者の選択権についてみてみたい。そもそも一般免責請求権論における免責請求権の意義の一つとして、免責債務者（＝主債務者）に免責方法に関する自由な選択権が認められている⁽¹¹²⁾。その際に、ド

(112) 渡邊・前掲注(12) 法と政治185頁参照。

イツでも免責債務者は第三者の給付（代弁済）によって免責債権者を免責させることが一般的とされる。しかし、かりに免責債務者が現金等を有していなかったとしても、免責債務者と第三債権者との交渉によって、たとえば代物弁済、免責の債務引受け、免除または不訴求の合意を取り付けることも可能である。これに加えて、供託や相殺も問題とされている。このように、免責債務者の置かれた状況に応じて免責債務者が免責方法を選択できることに第二次的なメリットが認められる。以上の点は、受託保証においても基本的には同様である。しかし、保証の場面では、上述の通り、主債務者も主債務を負っていることに加えて、主債務者の資力悪化等によって主債務の弁済が難しくなる場面がそもそも想定される。そのため、本来的には免責の実効性が薄くなるといえる。しかし、免責請求アプローチが主張するように、主債務者の債権者への弁済以外の免責方法がまったく問題にならないわけではない。主債務者に現金は少なくとも、一定の価値のある財産が存するかもしれないし、債権者に対して反対債権を有しているかもしれない。また、努力をして債権者と免除等についての交渉をするかもしれない。このように、一般免責請求権で想定される場面よりも受託保証の場面の方が主債務者の選択権の実効性は後退するかもしれないが、それなりに免責の可能性が認められるのであれば、その方策を法が特に認めておくことにも大きな意味があるだろう。ひいては、主債務者が何らかの方法で受託保証人を免責することができれば、結局は保証人の保護にも資することになるのである。その一方で、主債務者に資金が乏しく、救済の実効性が薄いという点においては、事前請求アプローチにとっても同じことである。しかし、金銭支払い以外の免責手法の可能性がある点で、免責請求アプローチの方が事前請求アプローチよりも有意義な面があることも否めない。もちろん、それをもって事前請求アプローチの利点がすべて消し去られるわけではなく、両者において一長一短の側面があるということ

64(395) 法と政治 62巻1号I (2011年4月)

である。

最後に、一般免責請求権の理論的な面での意義として、積極財産（プラス財産）と消極財産（マイナス財産）とを区別することによって、財産侵害に対する補償手段の明確化を図ることができるという点が指摘されている⁽¹¹³⁾。具体的にいえば、第三債務について、免責債権者がその債務を負担したという消極財産の侵害に留まる限り、免責債権者と免責債務者との間の利害調整は単純に免責請求権の介入によってのみ可能であり、財産侵害の初期段階において適切かつ利益衡平的な補償が可能となる。その一方で、金銭支払請求権としての償還請求権は、免責債権者による第三債務の履行による出捐という積極財産の喪失を前提とするものである。そのため、前者の免責請求権はまさに後者の償還請求権を回避するために認められる権利であると指摘される。これは保証の場面でも同様に解され、まさに保証人による代位弁済前の免責請求権と代位弁済後の事後求償権との関係に置き換えられている。なお、この点を強調するならば、代位弁済による具体的な損害ないし出捐が保証人に生じていない点で、事前請求権は成立させるべきではないとの法的評価につながることになる。

この点については、福田説が「弁済前の保証人には損害や費用が発生し
ておらず、保証債務を負担するというだけでは金銭評価の対象にならない」
という差額説の理論を前提にしていること、しかしその差額説の理論だけ
でなく、「免責請求権しか付与していないという立法政策上の判断が裏付
けとなっている」⁽¹¹⁴⁾ことを指摘している。

この問題について、日本では、これまで免責請求権という基本的な発想
がなかったため、第三債務を弁済する前であっても、そのような債務を負

(113) 渡邊・前掲注(12) 法と政治186～188頁参照。

(114) 福田・前掲注(26) 上智(下) 72～73頁。

ったことをもって損害とみていると思われる。⁽¹¹⁵⁾しかし、理論的にみれば、一般的に差額説的な損害賠償額の算定を行う日本において、免責請求アプローチを採用するのであれば、基本的にはドイツと同様の枠組みで損害を評価すべきものと思われる。そして問題は、ここでも免責請求アプローチを採用すべきかどうかの実質的な判断にかかってくるものであり、上述の保証人および主債務者の保護の視点から、実質的にも免責請求アプローチの利点がみいだされる。

以上のように、ドイツにおいては、一般免責請求権論と歩調を合わせつつ、受託保証人の地位からの解放には免責請求アプローチが本来的に適するものと評価されているといえよう。

c 免責請求アプローチの問題点

その一方で、免責請求アプローチにも問題が指摘されている。先にみた通り、ドイツの「転換」論からは、実質的な面において免責請求権では相殺が認められないという批判に集約されていた。ただし、一般免責請求権論の中では、それ以外にも免責請求権の問題点が指摘されている。細かい解釈論上の問題点は前稿⁽¹¹⁶⁾に譲り、ここでは本質的な問題点について検討を加える。

そもそも免責請求権が複雑な権利とされる原因は、一般免責請求権の意義の分析から理解されるように、「三者関係において生じる選択的な代替的作為⁽¹¹⁷⁾を内容とする権利」であるからとまとめられる。つまり保証の場面を想定すると、免責請求権は債権者・主債務者・保証人という三者関係において問題となる権利であるうえ、金銭の支払いではなく免責という代替

(115) 渡邊・前掲注(12) 法と政治187～188頁参照。

(116) 渡邊・前掲注(12) 法と政治170～171頁参照。

(117) 渡邊・前掲注(12) 法と政治170～171頁。

的作為を内容とする請求権であり、保証人ではなかった地位への修復または原状回復請求権の一種だと位置付けられるということである。これに加えて、免責債務は免責対象となる第三債務の発生、範囲および内容に付従的であることから、第三債務がたとえば将来発生する扶養債務等の場合には、免責内容の確定性に問題が生じる。ただし、この点は、そもそも保証債務は基本的には確定された主債務の存在に付従的であるため、保証の場面では特に問題は生じないであろう。さらに、免責債務者に免責方法に関する選択権が認められる点にも権利を複雑化する一因がある。ただし、これについては、先に検討した通り、ドイツでは取り立てて異論はみられない。さらに、以上のような特殊性を有する権利であることから、要件・効果および執行手続の点で解釈論上の問題が指摘されている。ただし、前稿で詳しくまとめた通り、それらの問題点には一定の共通見解がみられるところである。そのため、ドイツでは免責請求権が社会的に根付いているうえ、この権利を消極的に解したり、または廃止を求めたりする見解は皆無であるといえる。他方で、受託保証の免責請求権については、本稿でまとめた通り、ここでも一定の共通認識の下で判断枠組みが構築されている。なお、事前請求権への転換については見解の分かれるところであるが、本稿で検討した一連のBGH判例の登場によって、学説でも否定説に傾きつつある。以上のように、受託保証の場面でも、一定の解釈論上の問題は指摘されているとはいえ、ドイツでは免責請求アプローチに大きな障害はないと捉えられていると評価できる。

以上に対して、福田説からドイツの免責請求アプローチに対して次の問題点の指摘がある。⁽¹¹⁸⁾「ドイツの通説は保証委託終了後における清算の迅速化に配慮しておらず、そこでの事前請求は保証免責請求という作為債権に

(118) 福田・前掲注(3)『保証委託の法律関係』36～39頁。

とどまる。しかし、ドイツ法は主債務者の履行遅滞のほか、主債務者の重大な資力悪化（ド民775条1項1号）や保証債務に関する債務名義の成立（同項4号）を事前請求の契機としており、これはリスクの具体化・切迫化を示唆する。そうであれば、迅速な免責実現が必要であって、作為債権を付与しただけでは保証人の権利実現を図ることができないように思われる」という。そして、「結局は、立法における政策判断を尊重するという発想が清算迅速化の否定に繋がっている」と指摘する。さらに、ドイツでは出捐リスク回避のために代替執行費用の前払命令と保全処分を活用を挙げる点を指摘して、「迅速な出捐リスクの回避という要請を別の制度に委ねているのであって、ドイツ法は事前請求権の意義を大きく削減してしまっている」と批判する。これに加えて、主債務者の免責方法に関する選択権については、「主債務者に不利益が生ずるというだけで、保証人に必要な保護の付与を拒絶するのはおかしい。ここでは主債務者の利益と保証人の利益が対立しており」、主債務者は二重弁済リスクの回避や選択権の維持を望むのに対して、保証人は出捐リスクの迅速な回避を望む。「そうであれば、金銭債権の付与による主債務者の不利益にとらわれるべきではなくて、どちらの利益を重視すべきかについて考えなければならない」として、結局は事前請求制度によるべきこととされる。

この見解に対して、たしかに免責請求権が功を奏しない場合に限ってみれば、清算の迅速化に配慮していないという指摘はその通りである。ここに免責請求アプローチの大きな問題点があるといえよう。ただし、そこから直截に免責請求アプローチの全面的な排除が導き出されるとは思われない。なぜなら、まさに本稿で検討してきたように、免責請求権にも独自の意義があるからである。とりわけ、主債務者の努力によって受託保証人の免責を実現する可能性が存在することを見過ごすべきではないであろう。なお、この清算の迅速化という問題は、本稿の視点からは、後述するよう

に両アプローチを競合的に認めることによって解決されるべきものと考え
る。

次に、清算の迅速化に配慮しない原因が、本稿でも分析したように、立法における政策判断を尊重する点にあるとみることも正当な指摘だと思われる。たしかに、いわゆる概念法学的な発想は慎むべきであろう。ただし、これも上述の通り、法規定に従ったということのみで免責請求アプローチの不当性が生じるわけでもなく、まさに免責請求アプローチを採用することの実質的な優位性の考慮が重要となると指摘した。その結論として、とりわけ一般免責請求権論との比較の視点において、免責請求アプローチには事前請求アプローチとは異なる利点があることが判明したと考える。

他方で、ドイツでは出捐リスク回避のために代替執行費用の前払命令と保全処分が活用されているという指摘についても正当な分析であると評価できる。⁽¹¹⁹⁾そのため、ドイツでは事前請求権の意義を大きく削減しているという指摘もその通りだと思われる。ただし、これも事前請求権規定を持たないドイツにおいては、制限的な事前請求アプローチが採られているため、次善の策としてやむをえないともいえるだろう。もちろん、そうであるからといって事前請求制度が不要という点につながるわけではなく、ドイツにおいても免責請求権という法の規定形式にとらわれない純粋な事前請求アプローチの意義が再検討されるべきかもしれない。いずれにせよ、わが国の問題として、免責請求アプローチの導入とは別に、事前請求アプローチの意義を再検討し、その制度を維持すべきか否かを慎重に考慮する必要があるといえよう。

最後に、主債務者の選択権については、日本でもこれを重視して、事前

(119) 渡邊・前掲注(12) 法と政治162～166頁および本稿第3章の検討結果による。また、栗田隆「主債務者の破産と保証人の求償権」関西大学法学論集60巻3号(2010年)52頁参照。

求償権ではなく免責請求権を立法論として採用すべきことを主張する見解がみられる。⁽¹²⁰⁾その意味では、福田説が指摘するように、主債務者と保証人との利益の対立とみることも可能かもしれない。しかし、先に述べたように、一般免責請求権論における意義から検討するならば、そもそも主債務者が何らかの方法で免責を実現すれば保証人の保護にも資することになるといえる。そのため、主債務者の選択権が債務者の利益に資するからといって、そのことがかならずしも主債務者と保証人との利益対立構造を生むとは一概に捉えられない。たしかに保証人が自己への迅速な金銭の支払いを望むのであれば、ドイツの通説による主債務者の選択権の考え方とは相いれない。しかし、〔制限的〕事前請求アプローチにあって、一部には事前請求権への転換と主債務者の選択権との競合を認める見解もある。そのため、問題はドイツの免責請求アプローチが原則として事前請求アプローチを全面的に排除するとみる法律構成の面にあると思われる。いずれにしても、保証人が迅速な出捐リスクの回避を望むからといって、そのことから免責請求アプローチが全面的に排除されるべきだという結論は導けないであろう。両アプローチにそれぞれメリットがあるとすれば、両請求権の競合的な成立の可否こそが検討されるべき課題であると考ええる。

それでは、次にドイツにおける〔制限的〕事前請求アプローチの意義を確認しつつ、日本法への示唆として酌むべき点があるのかどうかをまとめておきたい。

d 事前請求アプローチの意義

先にまとめた通り、ドイツでは免責請求アプローチを所与のものとするため、制限された事前請求アプローチが主張されるにすぎない。そして、

(120) 古積・前掲注(4) 法学新報44頁, 52~53頁。

そこからは相殺の必要性しか実質的な意義はみいだせない。その原因は、すでに指摘したように、法の制度設計として免責請求権を本体と考えるため、その不履行による損害賠償、費用償還または不当利得が事前請求権だと性質決定されるからである。その結果として、保証人による代位弁済（出捐）の危険が高まった場面に限定して、保証人が実際に代位弁済を行った場合と同視することによって、はじめて金銭債権への転換を問題となしうと考えているのである。しかし、それすらも近時のBGH判例によって明示的に否定されている。そこで、免責請求アプローチを保証人解放の主な手法と考える点で、ドイツ法における制限的事前請求アプローチは妥当ではない⁽¹²¹⁾。これに対して、日本においては、ドイツとは逆に事前請求アプローチが法規定によって採用され、これまでに裁判例上でも独自の発展をみせている。したがって、事前請求アプローチの意義については、日本法の下での議論こそが参考になる。

これについては、すでに前稿において詳しく検討した。詳細は後にみるが、これまでの裁判例を分析および検討することによって、事前求償権の重要な意義が認められた⁽¹²²⁾。その意義を簡単にまとめれば、代位弁済前の段階で、その時すでに事前求償権が存在することで、これを被担保債権とする各種保全権の行使が可能となることによって、受託保証人の債権回収能力を向上するということである。それによって主債務者の財産の散逸をいち早く防ぐことにもつながるため、ひいては債権者にとっても債権回収の機能が強化されることになる。このことから、保証人および債権者の保護という意義がみいだされる。そのため、日本において当該制度を捨て去る

(121) 高橋・前掲注(9)30頁は、ドイツの制限的事前請求アプローチを一つの論拠として、日本でも〔解放目的―事前請求〕アプローチを是としている。これには、本稿の視点からは賛成できない。

(122) 渡邊・前掲注(5)法政論集415～416頁。

立法論には賛成できず、現行制度の維持が必要不可欠だと考える。

e まとめ

以上でみたように、ドイツにおける免責請求アプローチには一定の問題も意識されているが、それは事前請求権への転換によらずとも、解釈論によって一定の解決が可能であると一般に評価されている。そのみならず、そもそも免責請求アプローチの実質的な意義が重視されている。このような検討結果からすると、第2章でみた日本の近時の見解が指摘するように、日本においても免責請求アプローチによる制度構築にも一定の意義がみいだせよう。そこで、本稿での検討結果および一般免責請求権論から得られる示唆も踏まえて、次に日本での解釈論および立法論を提示したい。

その一方で、ドイツにおける〔制限的〕事前請求アプローチの実質的な意義が相殺の点にあることが明らかになった。しかし、ドイツでは免責請求アプローチが所与の前提とされることから、事前請求アプローチには法律構成上の制限が加えられている。そのため、上述の通り、日本では同種の方角性は採るべきではないと考えられる。それよりも、ある意味で純粋な事前請求アプローチを採用する日本の法制度の下でこそ、事前求償権の意義がみいだされうる。そのため、両アプローチの併存を認める競合アプローチの検討の必要性が感じられる。現にドイツでは免責請求権が、そして日本では事前求償権が規定として採用されているため、いずれも制度的には成立可能であると考えられる。以下ではこの点も踏まえて試論を展開する。

3 日本における解釈論の提示

(1) 免責請求権

a 制度導入の必要性

ドイツ法の検討から明らかとなったように、まずは受託保証人および主債務者の保護の視点から日本でも免責請求アプローチを導入する必要性が認められる。まず、事前請求アプローチでは主債務者に金銭その他の財産がなければ実効性がないことに対して、免責請求アプローチならば、受託保証人は法的な権利として主債務者に自身を免責するように求めることができ、それが実現されれば保証債務から解放されることになる。さらに、主債務者の側としても、自身の利益状況に応じて免責方法を選択することができる。たとえば、主債務者は債権者に自己の主債務を弁済する方法以外にも、供託をなして主債務を消滅させることで保証債務をも消滅させることができる。さらに、債権者に対する反対債権があれば、それと主債務とを相殺することも可能である。他方で、債権者の同意を得ることで、主債務について代物弁済または免責的債務引受けを行って保証債務を消滅させたり、さらには保証債務自体についての免除を得たりすることも可能性がある。実際のところ、本来的には主債務者は自己の債務を消滅させることに努力をするはずであり、保証人に促されなくても自己の債務を消滅させることで結果的に保証人を免責させることになる場合が多いであろう。また、保証人が主債務者と協議をすることで、主債務者が自主的に自己の債務を履行等によって消滅させることもあるだろう。ただし、とりわけ連帯保証の場合には、債権者が連帯保証人にすぐに履行を請求できるため、主債務者が自己の債務の消滅に興味を示さないこともありうる。このことは、通常の保証の場合でも、たとえば主債務者が現金を有していないが、価値のある絵画等を所有している場合に、それを手放すことを惜しんで、代物弁済等に協力しないこともありうるであろう。このように、一般的に

主債務者が自身の債務を履行等しようとししない場合を想定して、受託保証人に法的に免責請求権を認めること、つまりは主債務者に免責に応じる法的な義務を課すことには大きな意義がある。

以上のことは、委託目的である信用供与という視点からみると、一般の免責請求権の場面に比べて、保証という制度の本質から免責請求権の成立が主債務者の無資力の危険が高まる場面に制限されているとみることになる。そのために免責請求権の実効性は低いと指摘されるところである。しかし、そういう場面であるからこそ、保証制度として本来的に低く位置付けられた保証人の立場を制度的に高める手段を講じる必要がある。保証人は自身で理解をして保証を引き受けたのだから、どのような不利益を被っても自己責任であると一刀両断に切り捨てるのでは、かえって保証制度が立ち行かなくなるだろう。そうではなく、そもそも債権者との関係では低位置にあることを前提にしつつも、そのような保証人の地位を主債務者との関係ではせめても高めるために、受託保証人の主債務者に対する免責請求権という新たな制度を導入して、保証人の保護が強調されるべきであるとする。そのため、立法論としては当然のこと、解釈論としても導入の余地が検討されなければならない。その際には、本稿でみたように、免責請求アプローチの理念型に近いドイツの判断枠組みが、解釈論上の問題への対処法も含めて、大いに参考となる。

以上の視点からすると、〔解放目的—免責請求〕アプローチを採用しない日本の多くの見解には与しえない。

b 日本法下の解釈論

日本法への免責請求アプローチの導入にあたって、國井説が指摘しているように、立法論としてならいざ知らず、解釈論としては無理があると考えられている⁽¹²³⁾。しかし、このような解釈論は、ドイツ法の事前請求アプローチ74(385) 法と政治 62巻1号I (2011年4月)

一チを検討することから、一つの突破口が開かれると考えられる。つまり、これまでの検討から明らかとなったように、ドイツでは事前請求アプローチと免責請求アプローチとは同じ「保証人の解放」を目指す権利とみていた。そのため、保証人の解放という同一目的のために、二つの異なる手法は相いれないとみられていたと指摘できる。これに加えて、主債務者の選択権を奪うことも事前請求アプローチを排除する一つの原因になっていた。そして、このような前提となる基本枠組みが日本にもそのまま輸入されてしまっていると考えられる。つまり、日本の「事前求償権」も解放目的を達成する一つ的手段としての事前請求アプローチの一種であるとみなされている。そのため、解放目的に資するためにはいずれの手法が妥当かが二者択一で検討されているようである。そのうえで、日本では事前請求アプローチが法形式として採用されているので、解釈論としては免責請求アプローチは採用できないし、かりに免責請求アプローチに利点があるのであれば、そちらに法形式を立法論的に移行せざるをえないと考えられているのである。しかし、ドイツの制限的事前請求アプローチの検討でも指摘したように、同一目的の達成のために二つの異なる手法を併存させることも可能な場合がありうる。さらにいえば、後述するように、日本の事前求償権を独自の権利とみて、免責請求アプローチを本体とするドイツ流の事前請求アプローチとは異なる目的を有する権利だと捉える可能性も存在する。そのため、両者の競合的アプローチが検討されるべきである。

まずはその前提として、日本において免責請求アプローチを解釈論で認めうる2つの方向性を検討する。

(123) 國井・前掲注(4) 阪大法学270頁参照。また、古積・前掲注(4) 法学新報48頁も同旨。

(a) 代弁済（民法650条2項）構成

委任に関する民法650条2項で受任者の委任者に対する代弁済請求権が規定されている。この規定の源流とされる旧民法財産取得編245条4号では、委任者は「代理人がその管理によって負担した一身上の義務の解脱またはその賠償」を負担すると規定していた。⁽¹²⁴⁾ この規定はBGB 257条1項の費用償還に関する一般免責請求権と通底する規定とされる。ドイツでは、そもそも委任の一規定であった免責請求権規定が、ドイツ民法の第二草案の段階で事務管理の場面も含めて一般規定化して債権総論に配置替えられた。これに対して日本では、現行民法典が解脱請求権すなわち免責請求権を規定しなかったことについて、民法修正案の理由書では「明瞭を欠き、かつ用語が穏当ではないことをもってこれを修正した」と説明されている。⁽¹²⁵⁾ このように、委任における受任者の義務負担の場合に、委任者に免責方法を選択させる包括的な免責規定を置かず、民法650条2項であえて委任者に対する代弁済請求のみを規定している。

これについて、一般免責請求権の問題として、この民法650条2項を根拠として、ドイツの免責請求権論を参照しつつ、ドイツ流の免責請求権を委任および事務管理の場面に適用すべきことを指摘する見解がある。⁽¹²⁶⁾ つまり、ドイツにおいて委任のみならず費用償還に関する一般的な免責請求権がBGB 257条に規定されていることを参考にしつつ、日本でも委任の代

(124) 原田眞義編『民法対照・財産編（明治23年民法，明治29年修正案）』明治29年発行（日本立法資料全集・別巻237，信山社）492頁，磯部四郎『民法〔明治23年〕釈義・財産取得編（中）』（日本立法資料全集・別巻86，信山社）802～805頁参照。

(125) 廣中俊雄編『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣，1987年）622頁（原書562頁）。

(126) 谷口知平・甲斐道太郎編『新版注釈民法（18）債権（9）』（有斐閣，1991年）298頁〔該当箇所につき三宅正男執筆〕。

弁済請求規定（民法650条2項）が事務管理の場面にも準用されることに着目し、「受任者または事務管理者が事務処理により債務を負担したが、いまだその弁済をせず費用償還請求権は生じないという状態で、委任者または本人に対しどのような内容・性格の請求権を認めるべきか」という問題について、「事務処理者としては、負担した債務の免脱（免責）を得ることが必要かつ十分で、そのための方法（弁済・免責的債務引受等々）は委任者や本人の選択に委ねるのが相当である」とみている。さらに、この見解を一步進めて、受託保証の場面で民法650条2項を根拠として免責請求権を認めるべきことを主張する見解がある。⁽¹²⁷⁾つまり、「保証人の事前求償権ではなく、免責請求権と考える」べきことを前提に、「これは650条2項の免責請求権と同様に、委任を受けた場合の特別規定と考えることになる。委任についての規定の保証委任契約への適用規定であるという点では」、事前求償権の法的性質について事前の費用前払請求権の制限と理解する見解と同様であるが、「649条の前払請求権を制限したものではなく、650条2項の免責請求権を制限したもの」と理解すべきことを主張する。

以上のいずれの見解に対しても、民法650条2項が免責方法としてあえて「代弁済」のみを規定していることからすると、主債務者に免責方法に関する選択権を付与する構成を沿革上および法解釈上で採りにくいという難点があると指摘できる。前者の見解は免責債務者の選択権を肯定しているが、その解釈論上の根拠は定かではない。また、後者の見解は、これを明示していないが、「免責請求権（債権者への支払いの請求）」と述べているところからすると、免責方法を代弁済のみで足りるとみているようである。しかし、上述の通り、免責請求アプローチの利点の一つが主債務者による免責方法の選択権にあることからすると、一般的な免責および受託保

(127) 平野・前掲注(24) 437頁。

証のいずれの場面でも、日本流の代弁済構成による免責請求権規定の解釈では不十分であるといえる。他方で、保証の場面での免責請求権を想定すると、ここでは信用供与という目的からの制限を受ける点で、その特殊性を読み込む必要が生じる。後者の見解は、具体的には民法460条各号の場面に限定して、保証人の解放のために事前求償権ではなく免責請求権が生じると考えている。しかし、これは「あらかじめ、求償権を行使することができる」という条文の文言に明らかに反するため、解釈の枠を超えると批判されているところであり、後者の見解自身も「敢えて解釈論として無理を承知で、免責請求権の規定と読み替えたい」と述べている。

以上について、免責請求アプローチにとって民法650条2項の規定は重要な意味を有しており、以上の見解には酌むべき点が多く大いに参考になる。しかし、上述の通り、解釈論上で乗り越えるべき問題があるため、そのまま採用するには難しいものと思われる。

(b) 免責義務（民法461条2項）構成

一方で、受託保証人の事前求償権に対する主債務者からの対抗策を規定する民法461条2項の規定から受託保証人の免責請求権を導く考え方もありうる⁽¹²⁸⁾ところであり、これをもって妥当と考える⁽¹²⁹⁾。そもそも民法460条が、受託保証人は同条各号の要件を充たす場合には事前求償権を行使しようとしつつ⁽¹⁾、これに対して主債務者は、保証人に担保供与等を請求しう

(128) 國井・前掲注(4) 阪大法学270頁に「461条2項の運用ならともかく、事前求償権の解釈論的な性格づけとして、賠償請求を排除し、免責等を権利内容とすることは不可能である」との指摘があり、事前求償権を免責請求権と読み替えることは無理としても、民法461条2項の解釈可能性を暗示唆しているようにも受け取れる。

(129) 渡邊・前掲注(5) 法政論集417～418頁。

るとする（461条1項）。他方で、主債務者は事前求償に対して、供託をするか、担保を提供するか（②）、または免責を得させて（③）、償還義務を免れるとする（461条2項⁽¹³⁰⁾）。このように、現行規定を厳密に読めば、たしかに受託保証人の権利としては、①事前求償権の行使しか認められていない。しかし、主債務者の側からみれば、受託保証人からの①事前求償に応じてよいが、その代わりに、②受託保証人に担保を提供してもよいし、③受託保証人を免責させてもよい。すなわち、受託保証人には事前求償権の行使しか選択の余地はない一方で、主債務者は、①事前求償に応じるか、②担保を提供するか、③免責請求に応じるか、という自由に選択できる3つの義務のいずれかに応じればよいという立場にあるといえる。この点を踏まえて、受託保証人の有する「権利」という側面から再構成するならば、受託保証人の事前求償権の主張においては、前記①に対応した「事前求償」の主張が一次的な請求内容となるが、二次的には、前記②の義務に対応した「担保請求」および前記③の義務に対応した「免責請求」の主張も事前求償の請求内容に潜在的ないし副次的に含まれているとみる余地がある。そうでなければ、義務に対応する権利ないしは権利的地位が存在しないことになるので、主債務者が②や③の義務を果たすことができないか、または受託保証人がそれを受け取ることができないことになり、民法461条2項の存在意味がなくなってしまうであろう。このように、受託保証人は「事前求償」しか主張できないが、その主張の中には「副次的に免責請求や担保請求に応じてよい」という権利内容が含まれていると

(130) 前田陽一「委託を受けた保証人による事前求償権の行使と民法641条1項」ジュリスト1120号（1997年）118頁によれば、主債務者の事前求償に応じる義務と受託保証人の担保提供に応じる義務との履行関係を論じるにあたって、民法462条2項についても立法史的沿革に触れた説明がなされている。

みるべきである。

以上を端的に言えば、民法461条2項の趣旨を踏まえて、民法459条1項前段および460条から事前求償権と免責請求権の両者が成立すると考える。なお、立法論的には免責請求権の規定が個別に置かれるべきであり、あくまで解釈論の枠内での次善の策であることはいうまでもない。

(2) 事前求償権

a 〔解放目的—事前請求〕アプローチの否定

ドイツ法の検討結果から明らかとなるように、受託保証人の責任からの解放を目的とするならば、本来的には免責請求アプローチが手法として適切である。ただし、先に指摘したような免責請求アプローチの問題点、とくに清算の迅速化の問題を考えるとときには、事前請求アプローチにも優位性が認められるところである。ただし、その法律構成として免責請求権に対する不履行による損害賠償とみる限り、代位弁済前には基本的には保証人に具体的な損害が発生していないため、事前請求アプローチは原則として否定されることになる。または、かりにこれを認めるとしても、ドイツでの制限的事前請求アプローチのように、保証人に出捐の危険性が極めて高まった限定的な場合にのみ、例外的に事前請求権への転換を認めるにすぎないことにつながる。以上からすると、ドイツ流の事前請求アプローチはあくまで免責請求アプローチを主体として副次的に構築されたものであるため、そもそも事前請求権を規定するわが国において「純粋な事前請求アプローチ」の意義を再検討するにあたって参考とするには不適切であるといえる。

b 日本流の事前求償権制度の意義

ひるがえって、免責請求アプローチからの縛りのない日本の事前求償制
80(379) 法と政治 62巻1号I (2011年4月)

度は、ある意味で純粹な事前請求アプローチの一つのあり方を示しているともいえる。そのため、これまでの日本の裁判例を総合的に検討することで、一定の実践的な意義がみえてくる。これについては前稿で検討した通り、次のように要点をまとめられる。⁽¹³¹⁾

まずは、既発生債権としての基本的な効力一般が原則として認められる。たとえば、主債務者に現金や預金等があれば、受託保証人が自己資金を用立てて代位弁済をするよりも前に、主債務者の有する金銭を法的に請求することができる。他方で、かりに主債務者が現金等の資金を有していなかったとしても、事前求償権を被保全債権とすることで、代位弁済よりも前の段階で主債務者の財産をいち早く保全することが可能となる。主債務者が不動産や価値のある動産を所有していることは十分にありうるので、受託保証人にとって、代位弁済前の早い段階で主債務者の財産への保全処分が認められる意義は大きいといえよう。さらに事前求償権を被担保債権とすることで担保権等の派生的な権利を生じさせることができ、かつ代位弁済よりも前の段階でその権利を行使できる。このように事前求償権を認めることは、とりわけ代位弁済前の段階において、受託保証人の債権（求償権）回収能力を向上することに資するといえる。そして、保証人の代位弁済に資金準備等一定の時間と労力が必要なことが多いことを考えると、とりわけ個人受託保証人の保護にとっての実践的な意義は大きい。それのみならず、代位弁済のための受託保証人の資力増加という点からすると、広い意味で債権者の債権（原債権）回収能力の向上にも資するといえる。そうであるならば、事前求償権が効率的に認められることによって、債権者の債権回収・保全のための労力を保証人が代わりに担ってくれるともいえる。これらの諸点からすると、比較法的小説および立法史的な視点から他に

(131) 渡邊・前掲注（5）法政論集415～416頁。

類をみない規定形式を採っているからといって、そのみを理由として「事前に求償する権利」を排除するべきではない。かりに主債務者の保護を理由として事前求償に反対するとしても、先にみたように、主債務者に与えられた対抗手段によって、条文上も実務上も主債務者の保護が十分に図られている。そこで、事前求償権は排除されるべき権利ではなく、今後はいかえって有効に利用されるべきであると考ええる。

以上の視点からすると、日本流の事前求償権規定に対して謙抑的運用ないし廃止を主張する見解には与しえない。

c 事前求償制度の実質的根拠

それでは日本の事前求償権が成立する実質的な根拠を考えると、破産法における通説的見解が参考となる。⁽¹³²⁾つまり、破産法104条3項にいう「将来行うことがある求償権」が「事後求償権」を指して、「事前求償権とは、将来行うことのある事後求償権を事前に行使する権利である」という捉え方を民法の場面に敷衍して、「本来的には他人の債務の弁済後に発生すべき『事後求償権』を一つの確定した権利として観念的に捉えうることを前提として、『事前求償権』とは、債務者無資力の危険が発生する一定の場合に限定して、意思的要素の介在する受託保証人を保護するために、将来の弁済を先取りして弁済前に『事後求償権の発生および権利行使』を認める制度である」とみる。すなわち、「あくまで事後求償権が本来の求償権であるところ、意思的要素の介在する受託保証人を保護するために、弁済前に事後求償権の行使を例外的かつ創設的に認める政策規定だ」ということである。もう少しいえば、本来は代位弁済後という将来において発生すべき事後求償権の存在を前提としつつ、主債務者の資力に危険の生じ

(132) 渡邊・前掲注(5)法政論集416～417頁参照。

た一定の場合には、代位弁済の義務を課すことなく、少しでも早い段階で主債務者からの債権回収を認め、かつ主債務者の有する財産の散逸を防ぐという受託保証人の保護の観点から、そのような事後求償権を代位弁済前に政策的に発生させ、かつその行使を認める制度だといえるであろう。

以上からすると、日本の規定に採用される事前求償権は、その出自はともあれ、日本において独自の発展を遂げているとみるべきであり、その意味ではドイツにおける事前請求アプローチの発想からは外れるものである。他方で、ドイツ法においても懸念されていた二重弁済の危険からの主債務者の保護も適切に図られている。したがって、日本の規定はまさに「事前求償権」とみるべきものであり、代位弁済による損害ないし不当利得が生じる前に事後求償権を確保するために政策的に認められる権利だとみるべきである。その意味では、保証委託の終了から認められる免責請求権とは目的を異にするため、両請求権の競合的な成立も問題ないものと考えられる。

d 事前求償権廃止提案への再反論

以上に対して、受託保証人の事前求償権（民法459条1項前段および460条）については、これまでの通説的見解による消極的な評価に従って、原則としてこれを廃止することが提案されている。⁽¹³³⁾ まず民法460条1号、2号については適時執行義務による解決が妥当であること、また同条3号は主債務額が不確定であることから本来的に事前求償制度になじまないことが理由として挙げられている。他方で、連帯保証人には適時執行義務の適用がないことから、受託連帯保証人には同条1号の適用に意味がみいだされうることに対して、同号の事前求償権を全部義務者に拡張的に認めたと

(133) 前掲注(1)『詳解・債権法改正の基本方針Ⅲ』445頁、452～456頁。

解される破産法104条3項がこの場合に適用されうるので、1号が削除されても問題ないと説明される。

しかし、このような廃止論には改めて反対の意見を表明したい。そもそも前稿で指摘したように、事前求償権の意義が適切に再認識されるべきである。⁽¹³⁴⁾つまり、上述の通り、事前求償権には受託保証人から主債務者への単なる金銭の請求を超えて、主債務者の財産を事前に確保する手段として有効だということである。これに加えて、上述の廃止論には次の点に問題がある。まず、①改正提案という適時執行義務は連帯保証には適用されず、同条1号の場合のみ破産法104条3項で対応できるとしても、とりわけ現2号の場面での保護が抜け落ちてしまう。つまり、主債務の期限が到来しても破産手続きが開始されるまでは、受託連帯保証人は事前求償権を行使できないことになる。実際に連帯保証の場面が多いことに鑑みると、保証人保護の大きな後退といえよう。また、②通常保証の場面でも、受託保証人の保護が後退すると考えられる。つまり、適時執行の証明責任が受託保証人に課せられるとするならば、主債務者の財産隠しが巧妙であればあるほど、受託保証人は適時執行によって債権者が弁済を得ることができた事実を事後の段階で証明することは難しくなるであろう。そうであれば、たとえば主債務の履行期が到来した段階でいち早く受託保証人が事前求償権によって主債務者の財産を確保することの方が確実であるといえる。最後に、③債権者の保護も後退するといえる。かりに受託保証人が適時執行義務の証明に成功して保護されることになったとすると、その結果として債権者はその限度で保証人に保証債務の履行を請求できないことになる。たしかに、債権者が保証人から取りはぐれることになったとしても、適時執行を怠った債権者に一定の落ち度があったと評価する制度の下ではやむを

(134) 渡邊・前掲注(5)法政論集397頁以下(とりわけ415～417頁)。

えないといえよう。しかし、事前求償権が認められるのであれば、債権者が主債権の回収に遅れたとしても、受託保証人が事前求償権の保全手段によって主債務者の財産を早い段階で確保することができていれば、それによって代位弁済が可能となり、ひいては債権者も債権の満足を得られることとなる。

以上の諸点からすると、事前求償権制度に代えて債権者に適時執行義務を課したとしても、かえって保証人保護が現状より後退する場面が考えられる。そうであれば、事前求償権規定を削除する方向ではなく、従来と同様の発想で適時執行義務と事前求償権とを並置すべきであろう。以上から、実務的にも意義の認められている事前求償制度をあえて削除する必要はないと考えられる。

なお、近時の免責請求権説の中には事前求償権規定の免責請求権規定への立法的な転換を主張するものがある⁽¹³⁵⁾。かりにこの主張が正当であるとしても、すくなくとも今回の改正提案では免責請求権規定の導入も図られていない。そのため、これらの見解による事前求償権規定の排除という主張のみに注意を向けるならば、近時の学説の流れにも反することになるだろう。この点も含めて、債権法改正の基本方針案には見直しを求めたい。

(3) 主債務者との内部関係における保証人保護制度

a 代位弁済前の関係

ここまで検討してきた結論を基に、最後に主債務者との内部関係における保証人の保護制度についてまとめておきたい。まず、委託を受けた保証人の場合には、受託保証人は事前求償権（民法459条1項前段および460条）

(135) 國井・前掲注(4) 阪大法学270頁、古積・前掲注(4) 法学新報52～53頁。また、平野・前掲注(24) 436～437頁も同旨。

を行使することができ、主債務者はそれに応じてもよい。しかし、事前求償権の行使には免責請求権も含まれており（民法462条2項の趣旨から459条1項前段および460条）、主債務者は受託保証人への金銭の支払いに代えて債権者への弁済ほかの免責方法を選択してもよい。これらは大きくは保証人保護という同一の目的から認められるものであるが、前者が事後求償権の確保という趣旨に出たものである一方で、後者は保証委託の内容である信用供与の終了による保証人の解放という趣旨に出たものである。そのため、すでに述べたように、両請求権の競合的な成立が可能となる。

これを具体的にみれば、主債務者が免責義務を履行して保証債務を消滅させることができたならば、⁽¹³⁶⁾保証人は保証責任を負担する立場から解放されるので、事後求償権を確保する必要自体がなくなるため事前求償権の趣旨にも抵触しない。また、主債務者が事前求償義務に応じたとしても、自ら他の免責方法を選ばなかっただけであり、主債務者の選択権をはく奪するわけではないため、主債務者の保護にも反しない。そして二重弁済の危険に対しては、民法461条1項によって保証人からの担保提供または保証人への逆方向の免責請求によって対処可能である。その一方で、受託保証人は事前求償権を被保全権利として、主債務者の財産を代位弁済前に確保することが可能となる。また、受託保証人が主債務者への反対債権を有している場合には、一定の要件の下で事前求償権と相殺することも認められる。その際には、主債務者の免責方法に関する選択権を奪う結果となるが、保証人は主債務者の担保提供等の抗弁を喪失させなければ事前求償権による相殺が認められないと考えられるため、主債務者の保護も十分に図られよう。

(136) 主債務を履行することで付従性によって保証債務を消滅させる場合と、保証債務自体を消滅させる場合とがありうる。

以上に対して、迅速な清算の要請への対処との関係で、主債務者による債務不履行の際の強制執行方法には難しい問題が生じる。そもそも、受託保証人による事前求償権の主張に対して、主債務者が受託保証人への支払いが、またはその他の免責方法によって保証債務を消滅させなければ、主債務者の債務不履行となる点では違いはない。ただし、その際の強制執行の方法として、事前求償権に対しては直接強制（民法414条1項、民執43条以下）、免責請求権に対しては代替執行（民法414条2項、民執171条）⁽¹³⁷⁾が挙げらる。本稿では深入りできないが、日本でもドイツ法と同様に考えられるならば、免責請求権については、結局は代替執行費用の前払命令（民執171条4項）と保全処分の活用という方法によることとなる。⁽¹³⁸⁾これは実質的には事前求償権への直接強制の場合と大きく異ならないため、いずれの手法によっても主債務者の利益状況は変わらないと思われる。そのため、本来の目的である受託保証人保護の視点からみれば、免責請求権を含む事前求償権の債務不履行に対しては、単純に事前求償権についての直接強制の方法によるものと考えたい。これにより、事前求償権単独の場合と比べて受託保証人にとって実質的には不利益は生じない。なお、このように考えると、免責請求権を認める意義が減じると懸念されるかもしれない。しかし、主債務者が適宜に対応する限り、選択権は確保されるといえる。受託保証人に免責請求権を認める意義は、あくまで主債務者が何らかの免責方法を有する場合に、法的にその行使を認めることによって、本来の目的である受託保証人を解放することにあると考える。⁽¹³⁹⁾

(137) 渡邊・前掲注（12）法と政治164～166頁、および本稿第3章参照。

(138) 福田・前掲注（3）『保証委託の法律関係』37頁参照。

(139) これまでも、受託保証人から事前求償権が行使されたとしても、かりに主債務者の下に現金があれば、実際には債権者に直接履行することが多かったであろう。また、かりにその他の免責方法の可能性があれば、主債務者はその行使を試みるが多かったといえよう。このような手法を法

以上から、受託保証人の保護は、代位弁済前にあっても、従来以上に厚くなる。

b 代位弁済後の関係

一方で、債権者との関係では、受託保証人を含むすべての保証人は保証契約の内容から代位弁済の義務を負う。そして保証人が代位弁済を行えば、保証人と主債務者との関係に応じて、事後求償権が発生する（民法459条、462条）。その法的性質については、従来より様々に争われているが、不当利得の類型論における求償利得類型の枠組みから着想を得て、「財貨秩序に反する不当な利得を利得者（債務者）から損失者（保証人）に返還させて、本来あるべき財貨秩序に適合した状態を回復させるという『財貨秩序の矛盾を調整する機能』を」有する権利であると考えている。⁽¹⁴⁰⁾このように考えれば、先の事前保護制度との関係も明確である。つまり、保証人が代位弁済をなせば、本来支払うべき主債務者には責任を免れたという利得がある一方で、保証人には出捐という損失があるため、その利得と損失を調整する原理として事後求償権が規定されている。そして、主債務者と保証人の内部関係が効果面での求償の範囲に影響しているとみることになる。他方で、代位弁済の前であれば、保証人の出捐がないため不当利得的な調整原理は働かず、本来は求償権は発生しないはずである。しかし、主債務者から委託を受けた保証人に限っては、主債務者との関係で受託保証人の保護要請が高まり、先の免責請求権および事前求償権が生じることになる。そして、免責請求権と事後求償権との関係は、先にみた日本およびドイツの見解が指摘するように、免責請求権の目的を保証からの解放とみること

的な権利として高めることに意味がある。

(140) 渡邊・前掲注（7）『求償権の基本構造』186～187頁，248～250頁参照。

から、両者は別個の権利だといえる。また、事前求償権については、事後求償権と同一の権利と捉える余地もあるが、その成立の要件および時期が異なることから、両者は別個の権利であると考えたい。

以上に加えて、保証人による代位弁済後には、保証人は弁済による代位制度も利用可能である。⁽¹⁴¹⁾当該制度は事後求償権との関係において、その法的性質が種々に争われているが、事後求償権の保護強化制度とみるべきである。そのため、あくまで保証人保護の本体は事後求償権であり、それを確保するために弁済による代位制度を利用できる。その一方で、受託保証人に限っては、さらに保証委託契約の存在によって代位弁済前であっても保護制度が充実されていることになる。たしかに、保証制度は本来的に債権の人的担保であって債権者の債権回収機能が重視されるため、債権者との関係では保証人の保護も後退せざるをえない。しかし、主債務者との関係では保証人は最大限に保護されるべきである。そのための制度枠組みを再検討し、不十分な箇所は充実ないし発展させることが急務であり、ひいては保証制度の健全化に寄与することになる。

第5章 結びに代えて

ここまでの検討結果によって、第1章で設定した2つの課題が明らかとなり、その結果、本稿の所期の目的を達することができたと考える。最後に、これらの点を振り返ることで、本稿の結びに代えたい。

そもそも主債務者から委託を受けて保証人になった受託保証人を代位弁済前に保護する制度として、事前求償権と免責請求権という2種類の方向性が認められる。本稿の目的は、それぞれの権利の実質的根拠ないし法的性質および両者の関係性を探ることによって、日本での受託保証人の事前

(141) 渡邊・前掲注(7)『求償権の基本構造』93～100頁、259頁参照。

保護制度のあり方を探ることにあった。

そのために、まずは第1の課題として、日本の従来の議論の到達点を探り問題点を指摘した。第2章での検討結果から明らかとなったように、日本の解放ないし免責請求権説は、主債務者との関係で保証委託の内容ないし目的を保証人による信用供与に求め、代位弁済まで含むものではないとみる点で一致していた。そのため、そのような保証委託の終了によって、保証人の地位からの解放が要請されるとみる点でも一致していた。しかし、その解放目的を達する手段の点では、金銭の事前請求とみる「事前請求アプローチ」と保証人の地位からの免責請求とみる「免責請求アプローチ」とが対立していた。そのため、受託保証人の解放という目的に資する手段として、いずれのアプローチが妥当かが検証されなければならない。本稿では、そのための題材をドイツ法に求めた。

そこで第3章において、第2の課題として、ドイツの近時の学説および判例を詳細に検討した。その前提として、ドイツで一般に採用される一般免責請求権論の中で、受託保証人の免責請求権がいかに位置付けられるかという段階構造を意識する必要がある。そのうえで、免責請求アプローチの典型的発現形態の中で、事前請求アプローチがどのように生成・評価されてきたのかを明らかにした。まずは前稿での一般免責請求権論の枠組みを参照しつつ、受託保証人の免責請求権の判断枠組みの全体像をまとめた。そしてこれを前提としつつ、本稿での中心的な課題となる免責請求権の金銭支払請求権への「転換」という問題を詳しく分析した。その結果として理解できることは、ドイツの判例および学説では、あくまで明文規定（BGB 775条）に基づく「免責請求アプローチ」が所与のものとされることから、事前請求アプローチは費用前払請求権と位置付けられたうえで原則として排除されている、ということである。ただし、RG時代の判決が保証人が債権者に代位弁済をしたとみなしうる限定的な場面で金銭支払請求

90(369) 法と政治 62巻1号I (2011年4月)

求権への事前の転換を認め、学説もこれを肯定するものが多かった。そのため、転換肯定説を検討することから、ドイツ的な制限的事前請求アプローチが析出された。しかし、現在では、近時の一連の BGH 判決が転換を明確に否定し、学説もこれに追隨する動きをみせていることから、ドイツでは本来的な免責請求アプローチへの回帰傾向がみられることが分かった。説

以上の2つの課題への分析結果から得られた視点をもとに、第4章では、まず両アプローチの枠組みを明確化し、その妥当性を検証した。その結果、ドイツの転換論においては、法形式面に限ってみれば、ドイツ法が免責請求権を採用したことのみにもって、免責請求アプローチに確固たる優位性を認めるに等しい判断がなされていた。しかし、制度目的に適う実質的な根拠を伴わなければ両アプローチの優劣は判断できない。そこで、転換論の実質的な根拠を検討すると、両アプローチにそれぞれ妥当性があることが理解された。これについて、二重払いの危険性と主債務者の選択権からは免責請求アプローチに、相殺の対象性からは事前請求アプローチに、それぞれ優位性が認められた。これに対して、保証委託内容につき信用供与目的とみることからは、まずは保証人の解放をそのまま手段として捉えた免責請求アプローチに優位性がみられる。ただし、解放目的には金銭の迅速な清算が必要とみれば、事前請求アプローチにも優位性がみられるところである。このように、いずれのアプローチにも優劣があるところ、ドイツでは法形式面が決め手となって〔制限的〕事前請求アプローチが排除されるに至っている。しかし、日本では免責請求アプローチが規定されていないうえ、実質面を考慮するならば、いずれの手法が解放目的に資するかを一概に決することはできないと考えられる。これにつき、日本では事前求償権が規定されていることのみをもって、逆に免責請求アプローチを採りえないとみるなら、結局はドイツと同じ過ちに陥る可能性がある。それよりも、事前保護制度の目指した本来の目的である受託保証人の保護を強

調するときには、いずれの規定形式にもとらわれず、両アプローチの競合的な成立を目指すことがあるべき姿だと考えた。

このような視点をもとに、日本での競合アプローチの解釈論的な展開を試みた。その際に、ドイツ流の事前請求アプローチは規定上の縛りがかかるため、日本で採用するには不適切である。そこで、日本で独自に展開してきた「事前求償権」の意義を再確認し、これを制度的に活用することが望ましい。その一方で、免責請求権も保証人および主債務者の保護の視点から、立法論のみならず解釈論において日本でも活用されるべきである。具体的には、委任の代弁済規定（民法650条2項）の制限適用とみる見方もありうる。しかし、主債務者の免責方法の選択権を重視して、事前求償権規定（民法459条1項および460条）に保証人の免責義務を規定する民法461条2項の趣旨を読み込んで、事前求償権と免責請求権の両者が競合的に成立すると考えた。

このように考えても、保証人保護という大きな目的は共通するが、具体的には免責請求権は解放目的、事前求償権は事後求償権の確保目的と個別に把握することによって、同一目的のために相いれない手法が併存することにはならない。そのため、立法論的には、事前求償権と免責請求権とはそれぞれ別個に規定されるべきであり、先の解釈論は次善の策にすぎない。そして、最後にまとめたように、このような受託保証人の事前保護制度と保証人の事後求償権および弁済による代位制度とを統一的な枠組みの中で把握することによって、主債務者との内部関係における保証人保護制度の確立に資することとなる。こうして前著での事後求償権の研究と合わせて、保証人保護制度の枠組みの一端を明らかにできたものとする。

その一方で、今後に残された課題も山積する。免責請求アプローチの導入が妥当であるとしても、具体的な解釈論上の問題がドイツで指摘されていた。とりわけ代替的作為とされる免責請求権への強制執行方法との

92(367) 法と政治 62巻1号I (2011年4月)

関係は重要である。また、物上保証人への類推適用の問題も議論されている。こういった問題を踏まえて具体的な判断枠組みの構築を検討するに当たっては、前稿および本稿でまとめた一般および受託保証の免責請求権に関するドイツの判断枠組みが参考となろう。ただし、いずれにしても日本で免責請求権の導入が妥当といえるか否かが、これまでの有意義な業績を踏まえながら、今後さらに検証されなければならない。そこで、具体的な解釈面にはいまだに不十分な点を残すとはいえ、本稿で一定の枠組みを示すことによって受託保証人の事前保護制度の研究をいったん終えることにしたい。

Das vorzeitige Rechtssystem für Bürgenschutz — das Verhältnis zwischen dem vorzeitigen Rückgriffsanspruch und dem Befreiungsanspruch —

Tsutomu WATANABE

In Japan bestimmen § § 459, 460 ZGB den vorzeitigen Rückgriffsanspruch. Darüber hinausdenkt man neuerdings daran, dass vor der Befriedigung des Gläubigers dem Bürgen zu seinem Schutzezwei verschiedenartige Rechte, nämlich ein Befreiungsanspruch oder ein vorzeitiger Rückgriffs- (Zahlungs-)anspruch, zustehen könnten. Dabei ist fraglich, welche Rechte für den Schutz des Bürgen als angemessen angenommen werden können?

In Deutschland schützt § 775 BGB die Interessen des Bürgen schon vor der Befriedigung des Gläubigers durch einen Anspruch auf Befreiung von der Bürgschaft gegen den Hauptschuldner. Dieser Befreiungsanspruch besteht, wenn der Bürge sich im Auftrag des Hauptschuldners verbürgt hat oder ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der Übernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner zustehen (Abs. 1), und wenn das Bürgschaftsrisiko sich nach Eingehung der Bürgschaft ohne sein Zutun infolge bestimmter Umstände, insbesondere Verschlechterung der Aussichten einer rechtzeitigen Erfüllung der Hauptschuld, vergrößert hat (Abs. 1 Nr. 1-4).

Dabei kennt das BGB keinen vorzeitigen Rückgriffs- (Zahlungs-)anspruch. Allerdings hat das RG angenommen, dass sich der Befreiungsanspruch bereits dann in einen Zahlungsanspruch "verwandele", wenn die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners und die Inanspruchnahme des Bürgen feststünden (RGZ 78, 26). Allerdings entschied der BGH neuerdings, dass sich der Befreiungsanspruch nicht vorzeitig in einen Zahlungsanspruch, der gegenüber dem Gläubiger aufgerechnet werden kann, verwandelt, da grundsätzlich der Schuldner die Wahl hat, auf welche Art und Weise er den Bürgen freistellen will (BGHZ 140, 272). Die Meinung im

Schrifttum ist in diesem Punkt geteilt.

Anders als in Deutschland gibt es im japanischen Recht den vorzeitiger Rückgriffsanspruch, aber keinen Anspruch des Bürgen auf Befreiung. Daher ist es eine wichtige Aufgabe, den Befreiungsanspruch nach deutschem Recht auch im japanischen Kontext rechtsvergleichend zu untersuchen.

論

説